بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڤ ڤ﴾(١).

﴿ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڤ﴾(٢).

﴿ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ے ے ۓ ۓ ڭ ڭ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ﴾(٣).

قال ﷺ«أما بعد : فإن خير الحديث كتاب الله ، وخير الهدي هدي محمد ﷺ ، وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة(٤). وفي رواية : وكل ضلالة في النار»(٥) .

و بعد :

فإن الفقه من أجلّ علوم الشريعة الإسلامية وأشرفها قدرا، وأعمها فائدة ، وأعلاها مرتبة، وأسناها منقبة ، وطلبه من أهم المهمات ، وأوجب الواجبات؛ إذ به يعرف المرء دينه، ويعبد ربه على علم وبصيرة، فيعرف الحلال فيحله ، ويعرف الحرام فيجتنبه ، وبدونه لا يأمن أن يتخبطه الشيطان فيوقعه في سائر الموبقات ، ويغويه بأنواع المضلات ، ولذلك جعل الله تحصيله ، ومعرفتَه علامةً على إرادة الله بعبده خيرًا، قال رسول الله ﷺ: «**من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين**»(٦) .

---

(١) الآية : (١٠٢) من سورة آل عمران.

(٢) الآية : (١) من سورة النساء.

(٣) الآية : (٧٠-٧١) من سورة الأحزاب.

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (٦/ ٣٩٢) في باب رفع الصوت في الخطبة ، من كتاب الجمعة، برقم (٢٠٠٢).

(٥) الحديث أخرجه النسائي في سننه (٣/ ٢١٠) في باب كيف الخطبة ، من صلاة العيد برقم (١٥٧٧) ، وإسناده صحيح . انظر: مشكاة المصابيح (١/ ٥١) بتحقيق : الشيخ ناصر الدين الألباني .

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (١/ ١٩٧) في باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين ، من كتاب العلم برقم

ولذا اهتم سلفنا الصالح بهذا المجال غاية الاهتمام وبذلوا فيه جهودهم وأوقاتهم تحقيقا للتوجيه الرباني السامي : ﴿ئه ئو ئو ئۇ ئۇ ئۆ ئۆ ئۈ ئۈ ئې ئې ئې ئى ئى ئى ی ی﴾[1] .

ولما كانت رسالة سيدنا ونبينا محمد ﷺ خاتمة الرسالات، وعامة الدعوات إذ لا رسالة بعدها، ولا نبي بعده اقتضى ذلك أن تكون رسالته ودعوته صالحة لكل زمان ولكل مكان، فلا يبليها مرور الأيام والليالي ولا تُخلقها حوادث الأزمان والأماكن، بل تقوم باقية خالدة بأعدل حكم وأتم تشريع فلا نجد حادثة من الحوادث ولا واقعة من الوقائع أو نازلة من النوازل إلا ولها حكم في شريعة الإسلام ملفوظ أو ملحوظ وهو مصداق قوله سبحانه وتعالى : ﴿ چ چ چ چ ڇ ڇ ڇ ڍ ڍ ڌ ڌ﴾[2] .

وهذا الشمول في الأحكام قد يكون بنص صريح واضح أو عن طريق قاعدة كلية وأصل جامع، ولما كانت الحوادث متجددة لا تنتهي، والنصوص متناهية محصورة نقب الفقهاء الأوائل في التركة العظيمة الضخمة التي تركها رسول الله ﷺ وأظهروا الأصول والقواعد، وبينوا الأشباه والنظائر، وأوضحوا الفروق والاستثناءات وألفوا مصنفات كثيرة من مختصرات ومطولات تهدف إلى تقعيد الأحكام الفقهية وتعليلها، ووضع القواعد والضوابط الفقهية التي تربطها من حيث عللها وحكمها، وتطبيق المسائل الفقهية عليها. وجمع نظائرها وأشباهها وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها.

فكانت القواعد الفقهية معبرةً عن أصول التخريج والاستنباط، ورابطة للفروع الفقهية المتناثرة بسياج يحيط بها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها وأصبحت تأخذ من اهتمام الفقهاء غايته وذلك لشدة حاجة الفقهاء اليها؛ لأن الغاية القصوى من الفقه هو التطبيق والتخريج . قال ابن القيم -رحمه الله- : «والفقه تنزيل الفروع على الواقع»[3].

---

(١٧) ، ومسلم في صحيحه (١٣/ ٦٩) في باب قوله ﷺ: «لا تزال طائفة من أمتي»، من كتاب الإمارة برقم (٤٩٣٣).

(١) الآية : (١٢٢) من سورة التوبة .

(٢) الآية : (٣) من سورة المائدة .

(٣) زاد المعاد : (٥/ ٤٧٢).

وكذلك أ شاد بهذه الأهمية قول ابن القيم –رحمه الله– : «إنما خا صية الفقيه إذا حدثت له حادثة أن يتفطن لاندراجها تحت الحكم العام الذي يعلمه هو وغيره»[١]. فأصبحت القواعد الفقهية منذ العصور المتقدمة تنير الطريق للمجتهد في استنباط الأحكام ، وتساعده على الاطلاع على حقائق الفقه، ومداركه، ومآخذه وأسراره ، والتمهر في فهمه ، وعلى استحضار فروع المسائل، وجزئياتها بدون مراجعة طويلة ، وتكوّن فيه الملكةَ الفقهيةَ والقدرةَ على الإلحاق ، والتخريجِ ، ومعرفةِ أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث التي لا تنقضي على ممر الزمان[٢] ، وعلى الوصول إلى الحلول الشرعية الناجعة فيما يعنُّ له من قضايا مستجدة .

وبقدر الإحاطة بها يعظم قدرُ الفقيه ، ويشرُف، ويظهر رونق الفقه ، ويُعرَف ، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف[٣] .

«وبدون هذه القواعد تبقى المسائل الفقهية وفروعها مشتتةً تبدو متعارضةَ الظواهر بدون قاعدةٍ تجمعها ، ولا رابطةٍ تربط عللها ، فلا يستطيع الفقيه جمع المسائل ونظائرها تحت موضوع فقهي واحد يجمعها ، فتشعَّب عليه المسائل وتكثر الجزئيات ، ولا يمكن حفظ أحكام المسائل الفقهية وفروعها التي لا تنحصر بالعدد ، فمن جعل يحفظها بدون القواعد تناقضت عليه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى»[٤] .

وهذه الأصول والقواعد والضوابط الفقهية مع أهميتها البالغة ومكانتها السامية في شريعة الإسلام، اشتدت الحاجة إلى دراستها دراسة شاملة واعية مقارنة بين المذاهب الفقهية المتبعة في الظروف الراهنة. وذلك لمعالجة كثير من القضايا المعاصرة المعرو ضة على فقهاء العصر و لا سيما في النوازل الطارئة المرتبطة بالمعاملات المالية وملكية الأموال؛ لأن معظم المنازعات والخصومات والمرافعات تدور في ا لمجتمعات الإنسانية حول نظرية الملكية.

---

(١) إغاثة اللهفان : (٢/ ١٢٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٦) .

(٣) انظر: الفروق للقرافي (١/ ٣) .

(٤) انظر: المصدر السابق (١/ ٣) .

وهي تحتل جانبا كبيراً من المسائل الاقتصادية التي أثقلت بأعبائها معاملات المجتمع العالمي بأكمله؛ لذلك صارت نظرية الملكية في العصور المتأخرة من الموضوعات ذات الأهمية البالغة. إذ حاجة الناس إلى مثل هذا الموضوع انقلبت ضروريةً، لا حاجيةً؛ لأن الحياة ا البشرية تتعلق به. ولأن جميع التصرفات الصادرة من الإنسان مبناها على نظرية الملكية. و من هنا تظهر مدى أهمية الموضوع.

و هذا مما حدابي و شجعني أن تكون نظرية ا لملكية وقواعدها وضوابطها موضع اهتمامي وم ضمار درا ستي، وعلى أن أبذل في تح صيلها جهدي وو سعي. وبعد إمعان النظر فيها مع ما رأيت فيها من الأهمية البالغة والفوائد الجمة وجدت أنها ما زالت بحاجة إلى مزيد من العناية والبحث ، لا سيما القواعد والضوابط المتعلقة بأحكام الملكية لقلة الدراسة عنها ، ولحاجة العصر إلى التوسع فيها ، ولجمع قواعدها التي كانت منتشرة متناثرة في موضوعاتها المختلفة ، وأبوابها المتعددة .

ومن هنا وقع اختياري على تسجيل موضوع فقهي عنوانه «القواعد و الضوابط الفقهية في أحكام الملكية: دراسة مقارنة» .

أسباب اختيار الموضوع:

١ – أهمية القواعد الفقهية ؛ فإن القواعد الفقهية علم جليل كثير الفوائد لأنه يضبط مسائل الفقه وينظم فروعه المتناثرة و يساعد على تقريب الجزئيات إلى الأذهان و الباحث فيه يغوص في أعماق الفقه الإسلامي.

٢– إن القواعد الفقهية لا زالت بحاجة ماسة إلى مزيد من العناية في البحث و الدراسة في جانب التصقيل و التطبيق و المقارنة

٣–حاجة العصر إلى التوسع في هذا العلم لإفادته في حل كثير من النوازل و المستجدات ولأن الحوادث متجددة ، وقد عنت لنا في هذا العصر مسائل لم تكن معروفة من قبل، ولاسيما في أحكام الملكية التي لها صلة كبيرة بحياتنا و هي من الأحكام التي يمارسها الناس يومياً فكانت جديرة بالبحث في قواعدها و ضوابطها مع التطبيق و التفريع عليها.

٤ – إن درا سة القواعد الفقهية درا سة مقارنة بين المذاهب الفقهية المشهورة لها مكانة مرموقة وأهمية بالغة، وهي لم تكن موجودة في العصور المتقدمة و قد بدأت هذه الدراسة في العصر الحاضر لما

فيه من الفوائد الجليلة التي يكتسبها الباحث من خلالها وقد تشرفت بها فقمت بدراسة القواعد و الضوابط الفقهية في الحدود و القصاص في رسالتي المقدمة لنيل الدرجة العالمية – الماجستير– فأحببت أن أواصل في هذه الدراسة إسهاماً في هذا المجال، و إكمالاً للموضوعات التي لم تدرس بعد.

٥- إن دراسة القواعد الفقهية من حيث هي ومبادئها وتاريخها ، ومؤلفاتها ، ومقوماتها دراسات تسابق إليها كثير من العلماء الفضلاء ، ولكن دراستها من حيث التطبيق عليها دراسة عزيزة تكاد لا توجد ، وهي لا تزال موضوعا فقهيًا طريًا يمكن أن يكتب فيه و يتطلب من الباحثين الإقبال عليه.

٦- إن الممارسة مع القواعد بصفة عامة، ومع القواعد الفقهية بصفة خاصة ينمي في الطالب ملكة فقهية راسخة على تفريعات الفقهاء المتقدمين ، والاستفادة فيها أكثر من غيرها ، فأردت أن أستفيد في هذا المجال مع قلة بضاعتي من العلم.

٧- إن الكتابة في هذا المجال يعتبر إسهاما في تقريب الأحكام الشرعية المتفرعة وتهذيبها بأسلوب قواعد و ضوابط.

٨- أهمية نظرية الملكية وحاجة الزمان إلى التوسع فيها ومعرفة أحكامها وتخريج مستجداتها على أصولها التي استقر عليها العمل لدى الفقهاء.

٩- إن جمع القواعد و الضوابط الفقهية في أحكام الملكية و دراستها و التطبيق عليها يسهل معرفة أحكامها التي هي من أصعب الأحكام في الفقه الإسلامي ؛ لكونها تتعلق بالمعاملات و لهذا تعم به الفائدة للدارسين و الباحثين و غيرهم .

١٠- إنني لم أجد من بحث القواعد و الضوابط الفقهية في أحكام الملكية جمعاً ودراسة مقارنة على حدة فيما علمت. كما أن الموضوع لم يسجل في رسالة علمية حسب علمي. وقد أفسح لي هذا مجالا للمبادرة إلى هذا الميدان سائلا المولى عز وجل السداد والتوفيق ، ومستخيرا منه كل خير في كل خطوة وداعياً إياه بقولي : رب زدني علمًا.

خطة البحث:

وهي تشتمل على مقدمة و تمهيد و ثلاثة أبواب و خاتمة و فهارس تفصيلية:

المقدمة تحتوي على ما يأتي:

أولاً: الافتتاحية .

ثانيًا: أهمية الموضوع .

ثالثًا: أسباب اختيار الموضوع .

رابعًا: خطة البحث .

خامسًا: منهج إعداد الرسالة .

التمهيد: وهو فيما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية و ما يتعلق بالملكية:

و فيه مبحثان:

المبحث الأول: فيما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالقواعد الفقهية لغةً و اصطلاحاً .

المطلب الثاني: التعريف بالضوابط الفقهية لغةً و اصطلاحاً .

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد و الضوابط الفقهية .

المطلب الرابع: مصادر القواعد والضوابط الفقهية .

المطلب الخامس: دليلية القواعد والضوابط الفقهية .

المطلب السادس: ذكر أهم الدراسات المعاصرة فيها .

المبحث الثاني: فيما يتعلق بالملكية:

و فيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالملكية لغةً و اصطلاحاً .

المطلب الثاني: أركان الملكية وأقسامها عند العلماء .

المطلب الثالث: أسباب الملكية .

المطلب الرابع: الشروط المعتبرة في الملكية شرعاً و خصائصها .

المطلب الخامس: الفرق بين الملكية والإباحة والاختصاص .

الباب الأول: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بأركان الملكية:

و فيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط فيما تثبت فيه الملكية، و أثرها:

و فيه عشرة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته .

المبحث الثاني: ضابط: من ملك ظاهر الأرض يملك باطنها .

المبحث الثالث: قاعدة: من ملك أصلاً ملك ما حدث عنه من النماء .

المبحث الرابع: قاعدة: من ملك شيئاً ملك بدله .

المبحث الخامس: قاعدة: الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان .

المبحث السادس: ضابط: الملك في المعاوضات لا يقف على القبض .

المبحث السابع: ضابط: الصفة تملك تبعاً للموصوف .

المبحث الثامن: ضابط: إذا ثبت الملك ثبت بضمان يقابله .

المبحث التاسع: ضابط: إنما تملك الغلة بالضمان في الملك الصحيح .

المبحث العاشر: قاعدة: امتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك .

الفصل الثاني : القواعد والضوابط فيما لا تثبت فيه الملكية:

و فيه تسعة مباحث:

المبحث الأول : قاعدة: كل موضع فسد فيه العقد لم يحصل به ملك و إن قبض

المبحث الثاني : ضابط: الأعيان لا تملك بالإجارة

المبحث الثالث: ضابط: الأعيان لا تملك عن أربابها بالجنايات

المبحث الرابع: قاعدة: لا يقع الملك على الأشياء المحرمات بأعيانها

المبحث الخامس: قاعدة: الأموال لا تتملك على أربابها بالدعاوي .

المبحث السادس: ضابط: الصلة لا تملك قبل القبض .

المبحث السابع: قاعدة: لا يثبت الملك بالشبهة .

المبحث الثامن: قاعدة: المجهول لا يصح تملكه .

المبحث التاسع: قاعدة: الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع .

الباب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بأسباب الملكية:

و فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد و الضوابط في أسباب الملكية الناقلة:

و فيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه .

المبحث الثاني: قاعدة: الملك لا يجوز تقدمه على سببه و لا وجوده في حال عدمه .

المبحث الثالث: قاعدة: الحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك .

المبحث الرابع: قاعدة: العقد الفاسد لا يفيد الملك عند القبض .

المبحث الخامس: ضابط: الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه .

المبحث السادس: ضابط: اليد الطارئة غير موجبة للملك .

المبحث السابع: ضابط: كل من ملك مالاً بالإرث فإنه يملكه بحقوقه .

المبحث الثامن: قاعدة: الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك .

الفصل الثاني: القواعد والضوابط في أسباب الملكية المنشئة واختلافها:

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: ما سبق الإنسان من المباحات ملكه بأخذه .

المبحث الثاني: قاعدة: من أحيا أرضاً لم تملك فهي له .

المبحث الثالث: قاعدة: المعادن الباطنة هل تملك بالإحياء .

المبحث الرابع: ضابط: هل يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر .

المبحث الخامس: قاعدة: اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان .

المبحث السادس: قاعدة: تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات .

الفصل الثالث: القواعد والضوابط في الاستحقاق في الملكية:

و فيه أحد عشر مبحثًا:

المبحث الأول: قاعدة: الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل .

المبحث الثاني: قاعدة: استحقاق الأصل بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة .

المبحث الثالث: قاعدة: الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة .

المبحث الرابع: قاعدة: استحقاق الإذن لا يغير حكم الملك .

المبحث الخامس: قاعدة: الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة.

المبحث السادس: قاعدة: الاستحقاق بحق سابق على العقد يبطل العقد .

المبحث السابع: ضابط: استحقاق القيمة بمنزلة استحقاق العين .

المبحث الثامن: ضابط: استحقاق الثمن لا يوجب نقض العقد .

المبحث التاسع: قاعدة: استحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد .

المبحث العاشر ضابط: استحقاق الربح إنما هو بالنظر إلى الشرط المذكور في عقد الشركة .

المبحث الحادي عشر: ضابط: استحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع .

الباب الثالث: القواعد والضوابط الفقهية في التصرف وانتقال الملكية و زوالها:

و فيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط في التصرف في الملكية:

و فيه ثلاثة عشر مبحثاً:

المبحث الأول: قاعدة: إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًا إلا بإذن صاحب الحق .

المبحث الثاني : قاعدة: المتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ولا يلزمه الضمان .

المبحث الثالث: قاعدة: تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة .

المبحث الرابع: ضابط: الإقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك في المبيع الذي فيه

الخيار .

المبحث الخامس: قاعدة: الباطل لا يفيد ملك التصرف .

المبحث السادس: قاعدة: تصرف الإنسان في ملكه بما يتعدىٰ ضرره إلىٰ جارهُ عدوانٌ .

المبحث السابع: قاعدة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .

المبحث الثامن: قاعدة: المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر .

المبحث التاسع: قاعدة: كل ما ملك بعقد سوىٰ البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

المبحث العاشر: ضابط: من تصرف بلا إذن و لا ملك له ثم تبين أنه كان مالكاً أو وكيلاً صح تصرفه .

المبحث الحادي عشر: ضابط: من تصرف فيما يملك و فيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك .

المبحث الثاني عشر: ضابط: من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه .

المبحث الثالث عشر: ضابط: من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه .

الفصل الثاني: القواعد والضوابط في انتقال الملكية و زوالها:

و فيه خمسة عشر مبحثاً:

المبحث الأول : قاعدة: الأصل أن الأملاك لا تنتقل عن ملك أربابها إلا بيقين .

المبحث الثاني: قاعدة: الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك و تنقل إلىٰ الورثة .

المبحث الثالث: ضابط: ملكية العين لا تقبل التوقيت بخلاف ملكية المنفعة .

المبحث الرابع: قاعدة: زوال سبب الملك موجب لزوال الملك .

المبحث الخامس: قاعدة: الملك لا يزول إلا بقبول المتملك .

المبحث السادس: ضابط: انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض .

المبحث السابع: ضابط: المستحق كالزائل عن ملكه .

المبحث الثامن: ضابط: زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك .

المبحث التاسع: قاعدة: ما أوجب زوال الملك أوجب انتقاله .

المبحث العاشر: قاعدة: لا يزول الملك بالشك .

المبحث الحادي عشر: قاعدة: سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك .

المبحث الثاني عشر: قاعدة: ضياع المال لا يزيل ملك ربه عنه .

المبحث الثالث عشر: قاعدة: كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته .

المبحث الرابع عشر: ضابط: المالك لا يجبر على إزالة ملكه .

المبحث الخامس عشر: ضابط: يصح استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدةً معلومةً .

الخاتمة: وهي تحتوي في طياتها على أهم النتائج و الأفكار التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة.

الفهارس التفصيلية للرسالة : و هي على النحو التالي:

١ - فهرس الآيات القرآنية .

٢- فهرس الأحاديث والآثار .

٣- فهرس الأعلام المترجم لهم .

٤ - فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة .

٥- فهرس الأماكن والبلدان .

٦ - فهرس القواعد والضوابط الفقهية .

٧- فهرس المصادر و المراجع .

٧- فهرس محتويات الرسالة .

منهج إعداد الرسالة :

قد سلكت في إعداد هذه الرسالة منهجا يتلخص في الأمور التالية :

١-عزوت الآيات القرآنية الواردة في صلب الرسالة إلى سورها بذكر رقم الآية ، واسم السورة.

٢-خرجت الأحاديث المروية عن النبي ﷺ ، والآثار عن الصحابة رضي الله عنهم المذكورة في الرسالة عند أول ذكر لها من مصادرها الأصلية المشهورة المعتمدة من الصحاح ، والسنن ،

والمسانيد، والمصنفات ما استطعت إلى ذلك سبيلا ، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو في أحدِهما فإني أكتفي بالتخريج منهما أو أحدهما ، وإذا كان في غيرهما خرجته حسب القواعد المتبعة ثم ذكرت أقوال أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف إن وَقَفْتُ عليها ، وإلا حاولت الحكم على الأسانيد من خلال كتب الرجال والجرح والتعديل .

٣- جمعت القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بأحكام الملكية من كتب القواعد الفقهية المؤلفة قديمًا وحديثًا سواء كانت مطبوعة أو مخطوطة ، وكذلك من كتب الفقه القديمة سواء كانت مختصرة أو مطولة باذلا كل جهد مستطاع في ذلك، وهي القواعد التي اطلعت عليها في نظرية الملكية مع حذف المكرر فيها، وهي اثنتان وسبعون ما بين قواعد وضوابط . منها خمس وأربعون قاعدةً وسبعة وعشرون ضابطًا فقهيًا وهذه القواعد والضوابط الفقهية جعلتها مباحث حسب الترتيب الفقهي كما هي موجودة في الخطة .

٤- درست القاعدة أو الضابط دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة فذكرت أقوال الفقهاء في المسألة مع نسبة كل قول إلى قائله إن استطعت إليه سبيلاً، ووثقت الأقوال بالإحالة إلى مصادرها المعتمدة لدى الفقهاء .

٥- جمعت الأقوال ، والأدلة في كل مسألة -إن وُجِدَت- من كتبها المعتمدة عند الفقهاء وعند أصحابها .

٦- شرحت مفردات القاعدة ، وبينت ما يتعلق بها من المسائل ، وأسهبت في شرح معانيها، ومسائلها ، إن كانت من المصطلحات الأصولية ، والفقهية لفوائد تتعلق بالفروع الفقهية ، ونظائرها وتظهر تلك الفوائد عند الإشارة إلى الفروع .

٧- ذكرت المعنى الإجمالي للقاعدة إن كانت الحاجة داعية إليه .

٨- ذكرت أهم الأدلة على الأقوال من غير تعرض للمناقشات والردود خشية الإطناب، وقد أشير إلى شيء منها باختصار لفائدة الترجيح ..

٩- جمعت الفروع الفقهية ، ونظائرها المندرجة تحت كل قاعدة أو ضابط من كتب الفقه المعتمدة عند كل مذهب ، ومن كتب الخلاف ما استطعت إلى ذلك سبيلاً، وذكرت الفروع التي تندرج تحت

كل قاعدة أو ضـابطٍ علىٰ سـبيل المثال لا علىٰ سـبيل الحصر ـ مع المراعاة بتفادي التكرار بقدر الإمكان ، إلا إذا كانت الحاجة ماسة إليه لفائدة علمية .

١٠- ذكرت القول الذي ظهر لي من خلال دراستي للمسألة من حيث الاستدلال والنظر، وإن لم يظهر لي فقد سكتُّ عنه بدون إشارة .

١١- أشرت إلىٰ المسائل التي تستثنىٰ من القاعدة والقواعد الفرعية المندرجة تحت كل قاعدة ، إن كانت موجودة .

١٢- ترجمت للأعلام غير المشهورين الوارد ذكرهم في صلب الرسالة[1] .

١٣- عرفت المصطلحات العلمية ، والألفاظ الغريبة الواردة في الرسالة التي رأيت أنها بحاجة إلىٰ التعريف بها عند أول ذكر لها ، وقد أؤخر التعريف إذا رأيت المصلحة داعية إلىٰ ذلك كأن كان المكان المتأخر أليق بالتعريف، وذلك كما لو كان المصطلح ذكر في المو ضع الأول ا ستطرادا، وفي المو ضع الثاني أصلا ، وكذلك عرفت الأماكن غير المشهورة ، والفرق ، والقبائل التي تحتاج إلىٰ التعريف لعدم شهرتها .

١٤- اجتهدت في مراعاة علامات الترقيم ، والتنصيص ، والمحافظة علىٰ قواعد الإملاء المعروفة عند كتابة هذه الرسالة.

١٥- وضعت فهارس علمية للرسالة تسهيلا للوصول إلىٰ محتوياتها مرتبة علىٰ حروف المعجم سوىٰ فهرس الآيات القرآنية ، وفهرس محتويات الرسالة ، وهي علىٰ النحو التالي :

أ- فهرس الآيات القرآنية ، مرتبا علىٰ السور القرآنية .

ب- فهرس الأحاديث النبوية .

ج- فهرس الآثار المروية عن الصحابة .

د- فهرس الأعلام المترجم لهم .

هـ- فهرس المصطلحات ، والألفاظ الغريبة .

---

(١) بما أن الشهرة نسبية لا ضابط لها و هي تنضبط عندي بمن ا شتهر بالصحبة، والاجتهاد أو با ستفا ضة التأليف والكتابة كالنووي، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، والسيوطي، وكذلك بالمعاصرة .

و- فهرس القواعد والضوابط الفقهية الواردة في الرسالة .

ز- فهرس الفروع والمسائل الفقهية .

ح- فهرس المصادر والمراجع .

ط- فهرس محتويات الرسالة .



الشكر والتقدير:

عملاً بقوله سبحانه و تعالىٰ : ﴿ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ﴾[١]، و بقوله: ﴿ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ﴾[٢]، أحمد ربي سبحانه و تعالىٰ و أشكره علىٰ آلائه العظيمة و نعمه الجسيمة التي لا تعد و تحصىٰ ﴿ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ﴾[٣].

ثم إنني -عملا بقول سيد المرسلين الناصح الأمين : «**لا يشكر الله من لا يشكر الناس**»[٤]، وانطلاقا من هديه المنيف و التوجيه النبوي الشريف ، واعترافا بالفضل لأهله- أزجي خالص الشكر والامتنان والتقدير والعرفان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد بن عبد الله الزاحم الذي كان لي الشرف في إشرافه علىٰ هذه الرسالة ، فقد بذل جهده ووقته في توجيهي ، وأمدني بملاحظاته الدقيقة المفيدة، وتوجيهاته القيمة السديدة، فكان له الفضل بعد الله عز وجل في إعداد هذه الرسالة وإخراجها إلىٰ حيز الوجود بهذه الصورة ، فجزاه الله عني أحسن الجزاء ، وتقبل منه عمله ، ورزقه مزيدا من التوفيق ، والسداد والعلم ، وبارك له في عمره وولده وماله ، وحفظه من كل سوء و مكروه .

ثم أتقدم بالشكر الجزيل للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، متمثلة في القائمين عليها، وعلىٰ رأسهم معالي مدير الجامعة فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور محمد بن علي العقلا -حفظه الله- لإتاحة فرصة الدراسة الطيبة فيها وتوفير وسائل البحث والاطلاع .

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري للقائمين علىٰ كلية الشريعة ، وعلىٰ رأسهم عميدها .

---

(١) الآية : (٧) من سورة إبراهيم .

(٢) الآية : (١٢) من سورة لقمان .

(٣) الآية: (٢٤) من سورة إبراهيم .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٥/ ١٥٧) في باب في شكر المعروف ، من كتاب الأدب برقم ٤٨١١ ، والترمذي في سننه (٤/ ٢٩٩-٢٩٨) ، في باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك ، من كتاب البر والصلة ، وقال : حديث حسن صحيح برقم (١٩٥٤) ، واللفظ عنده « من لا يشكر الناس لا يشكر الله)) ، وابن حبان في صحيحه (٨/ ١٩٨) برقم (٣٤٠٧) ، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٦/ ٣٠٢) في باب شكر المعروف، من كتاب الهبات برقم (١٢٠٣٢) ، والإمام أحمد في مسنده (٢/ ٢٩٥، ٣٠٢، ٣٨٨، ٤٦١، ٤٩٢، ٥/ ٢١١، ٢١٢) ، والحديث صحيح؛ لأن إسناده صحيح علىٰ شرط مسلم ، ورجاله كلهم ثقات، انظر : مسند الإمام أحمد (١٣/ ٣٢٢) بتحقيق الشيخ شعيب الأرناؤوط .

وأخص منهم أساتذتي الأفاضل بقسم الفقه الذين لهم عليَّ يد عون من قريب، وبعيد، وعلى مقدمتهم: رئيس قسم الفقه.

وكما أشكر لجميع من أسدى إليّ عونا أو بذل معي جهدا من أساتذة وزملاء، فجزى الله الجميع خير الجزاء يوم لا ينفع مال ولا بنون.

ولا يفوتني في هذه المناسبة أن أتقدم بوافر الشكر، وكل التقدير للحكومة الراشدة ــ حكومة المملكة العربية السعودية ــ التي بذلت وسعها، وطاقتها في نشر الدعوة السلفية المبنية على الكتاب والسنة إلى أنحاء المعمورة متمثلة في ولاة أمرها، وعلى رأسهم خادم الحرمين الشريفين ـ حفظه الله ووفّقه ـ.

وفي الختام:

أقول: إن هذا جهد المقل، وجرأة الجريء، ولست أهلا لهذا الموضوع؛ لما فيه من الصعوبات والدقائق، كما أشار إليها السيوطي وابن نجيم بقوليهما: «ولعمري إن هذا الفن لا يدرك بالتمني، ولا ينال بسوف، ولعل، ولو أني، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجدّ وشمّر، واعتزل أهله، وشدَّ المئزر وخاض البحار، وخالط العَجَاجَ[1]، ولازم الترداد إلى الأبواب في الليل الدَّاجّ[2]»[3].

ولا أدعي أني قد بلغت بهذا درجة الكمال التي ينبغي أن يصل البحث إليها؛ لأن ذلك لله وحده، فإن وُفِّقْتُ فيه إلى الصواب فهو محض فضل الله وتوفيقه، وإن أخطأت أو زللت أو قصرت فهو مني، ومن الشيطان، وإني لأسأل الله سبحانه وتعالى أن يغفر لي جميع هفواتي وزلاّتي، وما ذلك إلا لضعف حيلتي، وقلة بضاعتي في هذا المجال.

وحسبي أن يكون عملي المتواضع هذا مرضيا ومتقبلا عند ربي، وهو سبحانه يعلم أنني بذلت فيه غاية ما أملك من جهد، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، وحسبي الله، ونعم الوكيل، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

---

(١) العجاج: الغبار، والدخان، ورعاع الناس وغوغاؤهم، وواحده عجاجة. انظر القاموس المحيط: ص(٢٥٣)، والمعجم الوسيط (٢/ ٥٨٣).

(٢) الداج: المظلم، من دجَّ الليل: إذا أظلم. انظر القاموس المحيط: ص(٢٤٠)، ومختار الصحاح: ص(١٩٨).

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٤)، ولابن نجيم: ص(١٧).



التمهيد: وهو فيما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية و يتعلق بالملكية:
و فيه مبحثان:

المبحث الأول: فيما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية:

و فيه ستة مطالب:

- **المطلب الأول**: التعريف بالقواعد الفقهية لغةً و اصطلاحًا .
- **المطلب الثاني**: التعريف بالضوابط الفقهية لغةً و اصطلاحًا .
- **المطلب الثالث**: الفرق بين القواعد و الضوابط الفقهية .
- **المطلب الرابع**: مصادر القواعد والضوابط الفقهية .
- **المطلب الخامس**: دليلية القواعد والضوابط الفقهية .
- **المطلب السادس**: ذكر أهم الدراسات المعاصرة فيها .

المطلب الأول: التعريف بالقواعد الفقهية لغةً واصطلاحاً

القواعد الفقهية مركب وصفي من لفظين أحدهما: القواعد، والثاني: الفقهية ثم جعل هذا المركب لقباً لعلم من العلوم الشرعية المعروفة وهو علم القواعد الفقهية، فالتعريف بالقواعد الفقهية يتطلب أن يعرفها حدًا إضافيًا وكذلك حدًا لقبيًا، ويأتي بيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: معنى القواعد لغةً واصطلاحاً:

أ-معنى القواعد لغةً:

القواعد جمع قاعدة، وهي في اللغة تطلق على الأساس[1] .

والقواعد: أساطين البناء التي تعمده[2] فعلى هذا هي أسس الشيء وأصوله حسًا كان ذلك الشيء كقواعد البيت، ومنه قوله تعالى: ﴿ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ...﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ئۆ ئۆ ئۈ ئۈ ئې﴾[4]. أو معنوياً: كقواعد الدين، أي: دعائمه وقواعد العلوم: أصوله ومن ذلك قواعد الهودج: وهي خشبات أربع معترضات في أسفله تركب عيدان الهودج فيها . ومنه قواعد السحاب: أصولها المعترضة في آفاق السماء شبهت بقواعد البناء[5] .

قال ابن فارس[6]: القاف والعين والدال أصل مطرد منقاس لا يخلف وهو يضاهي الجلوس، وإن كان يتكلم في مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس[7] ثم توسع في معناه فأطلق على المعاني، منها:

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة: (٥/ ١٠٨)، والصحاح للجوهري: (٢/ ٥٢٥)، والنهاية في غريب الحديث: (٤/ ٨٧) وما بعدها، وغريب الحديث لأبي عبيد: (٣/ ١٠٤)، والمفردات للراغب: ص(٤٢٤)، والمصباح المنير: (٢/ ٢١٦)، وتاج العروس: (٩/ ٣٠٣)، ولسان العرب: (٣/ ٣٦١) .

(٢) انظر: لسان العرب: (٣/ ٣٦١)، نقل هذا ابن منظور عن أبي إسحاق الزجاج المتوفى (٣١١)هـ .

(٣) الآية: (١٢٧) من سورة البقرة .

(٤) الآية (٢٦) من سورة النحل .

(٥) غريب الحديث لأبي عبيد: (٣/ ١٠٤)، والنهاية لابن الأثير: (٤/ ٨٧) .

(٦) هو أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني ثم الهمداني، من آثاره العلمية: معجم مقاييس اللغة والصاحبي، توفي سنة (٣٩٥)هـ .

انظر: وفيات الأعيان: (١/ ١٠٠)، ومعجم الأدباء: (٤/ ٨٠)، والأعلام: (١/ ١٩٣) .

(٧) معجم مقاييس اللغة: (٥/ ١٠٨) .

=

القعود عن الأمر: عدم الاهتمام به والتراخي في إنجازه[١] والقاعد من النخل: هي التي تنالها اليدُ[٢] والقاعد من النساء: هي المرأة التي انقطعت عن الولد أو عن الحيض أو عن الزواج[٣] ومنه قوله تعالى: ﴿ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ﴾[٤].

ب-معنى القواعد اصطلاحًا:

عرفها أهل العلم بعدة تعريفات وهي متقاربة الألفاظ والمباني ومتفقة الدلالات والمعاني إلا أن بعضها يختلف عن بعض في زيادة بعض القيود والشروط، منها:

١-هي قضية كلية[٥].

٢-هي القضايا الكلية التي تعرف بالنظر فيها قضايا جزئية[٦].

٣-الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه[٧]، أو ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه[٨].

٤-حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليُعرف أحكامها منه[٩].

٥-هي عبارة عن صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها[١٠].

٦-هي قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها[١١].

---

(١) انظر: لسان العرب: (٣/ ٣٥٨).

(٢) القاموس المحيط: ص(٣٩٧)، والصحاح: (٢/ ٥٢٥).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الآية: (٦٠) من سورة النور.

(٥) عرف بهذا التعريف صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود بن محمد البخاري المحبوبي ومال إليه المحقق الباحث فضيلة الدكتور يعقوب الباحسين، انظر: التوضيح: (١/ ٢٠)، والقواعد الفقهية للباحسين: (٣٧-٣٦).

(٦) شرح مختصر الروضة للطوفي: (١/ ١٢٠).

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١١).

(٨) حاشية كتاب القواعد للحصيني: (١/ ٢٢).

(٩) التلويح على التوضيح للتفتازاني: (١/ ٢٠).

(١٠) انظر: شرح الكوكب المنير: (١/ ٤٤، ٤٥).

(١١) الكليات للكفوي: ص(٧٢٨).

=

٧-هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها(١) .

ومن خلال هذه التعريفات وغيرها(٢) يمكن أنْ يُستخلص ما يأتي:

أولاً: إن الفقهاء -رحمهم الله- عبروا عن القواعد بالأمور، والأحكام، والقضايا، والصور إلا أن أكثرهم عبروا عنها بالقضايا، والتعبير عنها بالقضايا أولى من غيرها؛ لأن الأمور بمعنى الأشياء عام يطلق على الموجود وغيره، والأحكام باعتبار حقيقتها مجردة عن المحكوم عليه والمحكوم به وأما القضايا فهي عبارة عن المعلومات الأربعة مجتمعة، وهي المحكوم عليه وبه والنسبة الحكمية والحكم(٣) .

وأما الصور فقد انفرد بتعريفها به العلامة الفتوحي(٤) -رحمه الله- وهي بماهيتها تدل على التصورات والجزئيات ومن ثم لا تنطبق عليها القاعدة .

فالتعبير عنها بالقضية أتم وأشمل لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة(٥) .

ثانياً: أنهم ذكروا أن القاعدة لا بد أن تكون كليةً سواء كانت بالفعل بحيث تنطبق على جميع

---

(١) التعريفات للجرجاني: ص(١٤٩) .

(٢) انظر: التعريفات الأخرى للقاعدة: في التوضيح مع التلويح: (١/ ٢٠)، والتحرير: (١/ ٢٩-٢٨)، والتقرير والتحبير: (١/ ٢٦)، وتيسير التحرير: (١/ ١٤)، والمصباح المنير: (١/ ٥١٠)، وحاشية العطار على جمع الجوامع: (١/ ٣١)، وحاشية البناني: (١/ ٢١)، والمفردات: ص(٤٠٩)، والتصريح: (١/ ١٠٤)، وفواتح الرحموت للأنصاري: (١/ ١٤)، ومختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة: (٣/ ٥٢-٥١)، وكشاف اصطلاحات الفنون: (٣/ ١٧٦)، ودستور العلماء: (٣/ ٥٢-٥١)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٤٤، ٤٥)، والدرر اللوامع في تحرير جمع الجوامع: (١/ ٢٩)، منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق لأبي سعيد الخادمي: ص(٣٠٥)، والمواهب السنية مع الفوائد الجنية: (١/ ٦٢)، وأصول الفقه للخضري: ص(١٣)، والوجيز للبورنو: ص(١٣) .

(٣) انظر: الكليات للكفوي: ص(٧١٦) .

(٤) الفتوحي: هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المصري الحنبلي المشهور بابن النجار، كان قاضي القضاة، ولد بالقاهرة سنة ٨٩٨)هـ، توفي سنة (٩٧٢)هـ، من آثاره العلمية منتهى الإرادات، وشرح الكوكب المنير في الأصول.

انظر: السحب الوابلة: (٢/ ٨٥٤)، ومصطلحات الفقه الحنبلي: ص(٢١٨)، ومعجم المؤلفين: (٨/ ٢٧٦) .

(٥) انظر: القواعد الفقهية لفضيلة الدكتور يعقوب الباحسين: ص(٣٣) .

=

جزئياتها أو بالقوة من حيث اشتمالها على أحكام جزئيات موضوعها بالقوة .

والمقصــود بكلية القاعدة أن تكون القضــية هي المحكوم على جميع جزئياتها أو أفرادها، وليس المراد بها ما كان موضــوعها كلياً، فعلى هذا كلية القاعدة تســتدعي أن تكون منطبقة على جزئياتها أو جميع جزئياتها ولو بالقوة(١) .

ومن هذا المنطلق فإن الاستثناء والخروج عن الأصل لا يؤثر في أن تكون القاعدة كلية، وإلى هذا أشار الشاطبي بقوله: «إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات من مقتــضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً»(٢) .

ثالثاً: إنهم ذكروا في التعريفات انطباق القاعدة على جزئياتها وتعرف أحكامها وأحكام نوعها وأحكام موضوعها منها، وذكر بعضهم: أنها مشتملة بالقوة على أحكام جزئياتها وكل هذا فصل في التعريف زائد يوضــح المراد من كلية القاعدة وهو مندرج تحت كلية القاعدة ويعود إليها، فأحكام الجزئيات معلومة حينئذٍ لدخولها في الحكم الكلي(٣) .

رابعًا: ذكروا في تعريفاتهم للقاعدة تعرف أحكام جزئياتها منها وهذا بمثل عملية التخريج والتطبيق(٤) .

إذًا فالأنسب عدم إضافة هذا القيد في التعريف؛ لأن كل قضية كلية لا تكون إلا وهي شاملة لجزئيات موضوعها والحكم فيها حكم على هذه الجزئيات وتعرف أحكام هذه الجزئيات لا يكون إلا بعد تطبيق هذه الجزئيات على القاعدة، وهذا خارج عن نطاق القاعدة؛ لأنه عمل المخرج ومما هو من ثمرات القاعدة المترتبة عليها(٥). والله أعلم بالصواب .

ثانيًا: معنى الفقه لغةً واصطلاحًا والمقصود بالفقهية:

---

(١) انظر: المصدر السابق: ص(٣٤)، وص(٢٠) .

(٢) الموافقات للشاطبي: (٢/ ٥٢) .

(٣) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٣٥-٣٤) .

(٤) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٣٧) .

(٥) انظر: تفصيل الكلام على هذه النقطة في القواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصاص: ص(١٩/ ٢١) .

=

أ- معنى الفقه لغةً:

الفِقه -بالكسر- معناه في اللغة العلم بالشيء والفهم له[١]، وقيل: إنه أخص من الفهم أو دقة الفهم[٢]، وقيل: هو فهم الأشياء الدقيقة[٣] .

قال ابن القيم -رحمه الله-: «والفقه أخص من الفهم وهو فهم مراد المتكلم من كلامه، وهذا قدر زائد على مجرد وضع اللغة، ويجب تفاوت مراتب الناس تتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم»[٤] .

ويشهد لهذا المعنى قوله تعالى: ﴿ﭼﭽﭾﭿﮀﮁ﴾[٥] والحق أنهم فهموا كلامه ولكنهم ما فقهوا مقصوده إما تجاهلًا وإما عنادًا .

ب- معنى الفقه اصطلاحًا:

عرف أهل العلم الفقه بعدة تعريفات، من أشهرها:

١-الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[٦].

وقالوا في شرح هذا التعريف[٧] .

العلم: جنس في التعريف، دخل به فيه جميع العلوم ، وما بعده قيود لإخراج ما ليس من الفقه .

---

(١) انظر: المصباح المنير: (٢/ ٥٨)، والقاموس المحيط: (٤/ ٢٩١)، والمجمل: (٢/ ٧٠٣)، ولسان العرب: (١٣/ ٥٢٩)، والصحاح: (٦/ ٢٢٤٣)، والمغرب: (٣/ ١٧٤)، والفائق: (٣/ ١٣٤)، وغريب الحديث: (٣/ ١٩٦)، وأساس البلاغة للزخشري: (٢/ ٢١٠) .

(٢) إعلام الموقعين: (١/ ٢١٩)، والمحصول: (١/ ٩) .

(٣) انظر: البحر المحيط: (١/ ٢٠)، والكليات للكفوي: ص(٦٧)، وشرح تنقيح الفصول: ص(١٩-١٧) .

(٤) إعلام الموقعين: (١/ ٢١٩) .

(٥) الآية: (٩١) من سورة هود .

(٦) انظر: هذا التعريف في المنهاج، مع نهاية السؤل: (١/ ٢٢)، والإبهاج: (١/ ١٥)، والكليات: ص(٦٩٠)، والبحر المحيط للزركشي: (١/ ٢١)، وأصول الفقه لأبي النور زهير: (١/ ٩)، والتعريفات للجرجاني: ص(١٦٨)، وشرح المجلة: (١/ ١٦) .

وانظر تعريفات أخرى له في: الإحكام للآمدي: (١/ ٦)، والمستصفى للغزالي: (١/ ٥-٤)، ومختصر المنتهى لابن الحاجب: (١/ ٢٥٩)، والتقرير والتحبير: (١/ ١٧)، وتيسير التحرير: (١١-١٠-١)، وفواتح الرحموت: (١/ ٣)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٤٠)، وإرشاد الفحول: ص(٣) .

(٧) انظر: شرح هذا التعريف في نهاية السؤل: (١/ ٢٢) وما بعدها، والكليات: ص(٦٩٠)، والبحر المحيط: (١/ ٢١-٢٢) .

=

قولهم: بالأحكام: قيد أول؛ خرجَ به ما ليس بأحكام كالعلم بالذوات والصفات والأفعال .

قولهم: الشرعية: قيد ثانٍ في التعريف؛ لإخراج الأحكام غير الشرعية سواء كانت عقلية كأحكام الهندسة والحساب أو غيرها كأحكام النجوم .

قولهم: العملية: قيد ثالث في التعريف؛ خرجَ به الأحكام الشرعية التي تتعلق بالاعتقادات .

قولهم: المكتسب: قيد رابع في التعريف؛ خرجَ به العلم الحاصل بالضرورة ككون أركان الإسلام من الدين؛ فإن كونها من الدين بلغَ في الشهرة حدًا علمه المتدين وغيره، وكذلك علم الله ﷻ بتلك الأحكام فإنه غير مكتسب .

قولهم: من أدلتها: قيد خامس؛ لإخراج ما علم من غير دليل، كعلم الرسول ﷺ بالأحكام فإنه المتلقى عن طريق الوحي .

وكذلك علم المقلد بها كالأحكام التي يتلقفها العوَّام من أفواه الفقهاء، وكذلك العلم بالأحكام المكتسبة من الأدلة الفقهية .

قولهم: التفصيلية: قيد سادس في التعريف، احترز به عن الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بشيء معين، وبه خرج علم الخلاف وعلم الأصول فإن الأدلة المذكورة فيه إجمالية[1]، والله أعلم بالصواب .

ج-المقصود بالفقهية:

الفقهية هنا وصف للقواعد، وبه خرج ما ليس فقهيا منها كقواعد الحساب والهندسة والفلسفة وأصول الفقه وغيرها .

والفقهية هنا نسبة إلى الفقه ويراد بها الأشياء التي تنسب إلى الفقه من الأدلة، والقواعد، والفروع، والمسائل والنظائر، والمقصود هنا تقييد القواعد لإخراج ما ليس منها كالقواعد الأصولية والنحوية وغيرها[2] .

ثالثاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً واحداً:

القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً لعلم من العلوم الشرعية عرفها المتقدمون من الفقهاء

---

(١) انظر بهذا التفصيل: الكليات: ص(٦٩٠) وما بعدها، وأصول الفقه: الحد والموضوع، والغاية: ص(٨٧-٦٨) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٣٩-٣٨) .

=

بتعريفات عامة بعضـها تتعلق بالقواعد عامة وبعضـها تتعلق بالقواعد الفقهية خاصـة إلا أنه لم يكن من غرضـهم أن يذكروا تعريفاً خاصـاً بالقواعد الفقهية ولكن مع ذلك بعضـهم[١] أشـار إليه[٢] وقد عرفها المعاصرون الأفاضل بتعريفات كثيرة، من أشهرها:

أ-كُلِّيٌّ أخص من الأصـول وسـائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضـوابط الخاصة[٣] .

ب-أنها حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه[٤] .

ج-أنها أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها[٥] .

د-أنها حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها[٦] .

من خلال هذه التعريفات وغيرها[٧] يتبين لنا اختلافهم في التعبير عن ماهية القاعدة، واختلافهم في كليتها واختلافهم في ترادفها للضابط واختلافهم في التعبير عن ربط مضمون الفقه بالقواعد .

---

(١) من هؤلاء أبو عبد الله المقري المالكي المتوفى سنة (٧٥٨)هـ، وأبو العباس المنجور ت(٩٩٥)هـ، وشهاب الدين أحمد بن محمد الحموي الحنفي المتوفي سنة (١٠٩٨)هـ. انظر: القواعد للمقري: (١/ ٢١٢)، وشرح المنهج المنتخب للمنجور: ص(١٠٩)، وغمز عيون البصائر: (١/ ٥١) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٤٠-٣٩) .

(٣) القواعد للمقري: (١/ ٢١٢)، قال أبو العباس المنجور: «لم يقصد القواعد الأصولية العامة ولا القواعد الفقهية الخاصة وإنما قصدَ ما توسط بين هذين» . انظر: شرح المنهج المنتخب:ص(١٠٩) .

(٤) انظر هذا التعريف في غمز عيون البصائر للحموي: (١/ ٥١)، وتابعه على هذا التعريف كثيرون . انظر القواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصاص وأثرها: ص(٢٥)، والقواعد الفقهية للدكتور بالباحسين: ص(٤٤) وما بعدها .

(٥) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: (٢/ ٩٤١) .

(٦) القواعد الفقهية للندوي: ص(٤٣) .

(٧) انظر التعريفات الأخرى في: مقدمة تحقيق المجموع المذهب: (١/ ٣٨)، ومقدمة تحقيق القواعد للمقري: (١/ ١٠٧)، والتقعيد الفقهي: ص(٤٤) وما بعدها، والمدخل في التعريف بالفقه الإسـلامي: ص(٣٢٤)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٤١) وما بعدها، والقواعد الفقهية للباحسـين: ص(٤٠) وما بعدها، والقواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصاص: ص(٢٤) وما بعدها .

=

والضـــابط في هذا أنها قضـــية كلية شرعية عملية تنطبق على جزئياتها أو أفرادها من أبواب متعددة .

وهذه القواعد بمفهومها العام -بأنها القضـــايا الكلية تندرج تحتها الجزئيات الفقهية المتعددة أو الكثيرة- توافق الضوابط وغيرها كما هو دأب المتقدمين .

وهي بإطلاقها الخاص تخالف الضوابط وغيرها، ولا يشترط أن يقيدها ببيان محالها كما فعل ذلك بعض المعاصرين إلا إذا قَصَدَ به الإيضاح والتفصيل(1) . والله ولي التوفيق والسداد .



(١) انظر: القواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصـــاص: ص(٢٧-٢٦)، وقد فصـــلت الكلام على هذا في أطروحتي للماجستير .

المطلب الثاني: التعريف بالضوابط الفقهية لغةً واصطلاحاً

أولاً: معنى الضوابط لغة:

الضوابط في اللغة جمع ضابطٍ وهو اسم فاعل من ضَبَطَه من باب ضَرَب أي حَفِظَه حفظًا بليغًا، ومنه: ضبط الشيء: حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم[١]، وقيل: هو مأخوذ من الضبط الذي هو لزوم الشيء وحبسه[٢]، ويطلق على إحكام الشيء وإتقانه، ومنه: ضَبَطَ الكتاب، أصلَحَ خَلَلَه[٣]، وضبطت البلاد وغيرها: إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقص .

وله معان أخرىٰ في اللغة[٤]، ولكن أغلب معانيه لا تعدو الحصر والحبس والقوة[٥]، والله أعلم.

ثانياً: معنى الضوابط الفقهية اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تعريف الضوابط الفقهية قديمًا وحديثًا، فذهبوا إلىٰ اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب جماعة من العلماء[٦] إلىٰ أن الضوابط الفقهية ترادف القواعد الفقهية من حيث مدلولها ومفهومها .

وعلىٰ هذا يكون تعريف الضوابط الفقهية مرادفاً لتعريف القواعد الفقهية، وهم لا يفرقون بين

---

(١) انظر: الصحاح: (٣/ ١١٣٩)، ومعجم مقاييس اللغة: (٣/ ٣٨٦)، ولسان العرب: (٧/ ٣٤٠)، والقاموس المحيط: (٢/ ٣٧٠)، والمجمل: (١/ ٥٧٢) .

(٢) انظر: المراجع السابقة، والمصباح المنير: (٢/ ٤٢٠) .

(٣) انظر: المعجم الوسيط: (١/ ٥٣٥) .

(٤) انظر: المراجع اللغوية السابقة، ومحيط المحيط: ص(٥٢٩) .

(٥)انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٥٨) .

(٦) إلىٰ هذه الاتجاه ذهب الفيومي صاحب المصباح المنير وابن الهمام صاحب التحرير في أصول الفقه والمقري المالكي والنابلسي الحنفي والحموي وغيرهم .

وقد فصلت الكلام علىٰ هذا الموضوع في رسالتي للماجستير: ص(٥١) .

انظر: تفصيل الكلام في المصباح المنير: ص(١٩٥)، والتحرير مع شرح التقرير والتحبير: (١/ ٢٩)، وكشف الخطاير عن الأشباه والنظائر: (و/ ١٠) ، (مخطوط)، وغمز عيون البصائر: (٢/ ٥)، والقواعد للمقري: (١/ ٢١٢)، وتقرير القواعد: (١/ ٥، ١٠، ٢٥)، وشرح المنهج المنتخب: ص(١٠٠)، والمعجم الوسيط: (١/ ٥٣٣)، ومعجم لغة الفقهاء: ص(٢٨١) .

=

هذين الاصطلاحين .

الاتجاه الثاني: ذهب جماعة من العلماء[1] إلىٰ التفريق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية، وعلىٰ هذا عرفوا الضوابط الفقهية بعدة تعريفات، من أشهرها .

أنها قضية كلية فقهية تنطبق علىٰ فروع كثيرة من باب واحد[2] وعلىٰ هذا التعريف الضابط يجمع فروعًا فقهية من باب واحدٍ بخلاف القاعدة فإنها تجمع فروعًا فقهية من أبواب شتىٰ .

ومن خلال هذا التقرير يمكن أن أستخلص الأمور الآتية:

١-إن الأمر مهما كان فيه الخلاف فإنه اصطلاح، والأصل أن لا مشاحة في الاصطلاح، ولكن لا يشك أحد أن اصطلاح التفريق بينهما أوضح وأدق وأميز، فلذلك صار اصطلاحًا متداولاً شائعًا لدىٰ الفقهاء المتأخرين والباحثين المعاصرين فإنهم يفرقون الآن بين القاعدة والضابط في المجالات الفقهية[3] .

٢-والظاهر أن المتقدمين من الفقهاء لم يكونوا يشددون في التفريق بينهما، ولهذا عبر ابن السبكي -رحمه الله- بعد أن عرف القاعدة بقوله: «ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: «اليقين لا يرفع بالشك» ومنها: ما يختص بباب كقولنا: «كل كفارة سببها معصية فهي علىٰ الفور والغالب فيما اختص بباب وقَصَدَ به نظم صور متشابهة أن يسمىٰ ضابطًا»[4]، وعلىٰ هذا يعتبر هذا الإطلاق هو الإطلاق الغالب كما ذكر ابن السبكي -رحمه الله-، وهذا لا يمثل كل الإطلاقات عندهم .

---

(١) ذهب إلىٰ التفريق بينهما ابن السبكي في الأشباه والنظائر: (١/ ١١)، والزركشي في تشنيف المسامع بشرح جمع الجوامع: (٢/ ٩١٩)، والسيوطي في الأشباه والنظائر -في النحو-: (١/ ٧)، وابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر: ص(١٦٦)، وأبو البقاء الكفوي في الكليات: ص(٧٢٨)، وكذلك في كشاف اصطلاحات الفنون: ص(٨٨٦)، والبناني في حاشيته علىٰ المحلىٰ: (٢/ ٢٩٠)، وعليه أكثر المتأخرين والمعاصرين .

انظر: الفوائد الجنية: (١/ ١٠٥)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٥٢)، والوجيز للبورنو: ص(٢٤)، ومقدمة القواعد للمقري: (١/ ١٠٨)، ومقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني: (١/ ٢٤) .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١١)، وابن نجيم: ص(١٣٧)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٤٧-٤٦)، والقواعد الفقهية للباحسين: ص(٥٨) وما بعدها، ونص ابن السبكي هذا بقوله: «الغالب فيما اختص بباب وقصَدَ به نظم صور متشابهة أن يسمىٰ ضابطًا» . انظر: الأشباه والنظائر له: (١/ ١١) .

(٣) القواعد الفقهية للندوي: ص(٥٢) .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر له: (١/ ١١) .

٣-إن مفهوم الضـابط تطور تطوراً ملحوظاً بين القديم والحديث ومن ثم صـار مجال الضـابط الفقهي أضـيق مما يوجد بالنسـبة للقواعد الفقهية، وعلى هذا أجد نطاقه عند المعاصرين لا يتخطى الموضوع الفقهي الواحد الذي يرجع إليه بعض مسائله[1] .

وأما إطلاق المتقدمين[2] الضـوابط في مجال القواعد أو العكس فمن باب التسـامح والسـعة والله أعلم بالصواب .



(١) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٤٦، ٥١) .

(٢) هذا يفهم من صنيع جماعة من المتقدمين، انظر: كتاب القواعد لابن رجب: ص(٧)، والاستغناء في الفروق والاستثناء: (١/ ٢١٤، ٢٢٤، ٢٤٦) .

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد والضوابط الفقهية

سبقت الإ شارة فيما تقدم إلى أن التفريق بين القواعد والـ ضوابط الفقهية مما اختلف فيه الفقهاء المتقدمون والمعاصرون، فمنهم من[1] أطلق القاعدة على الضابط، والضابط على القاعدة وجعل بينهما ترادفًا، ومنهم مَنْ فرَّقَ[2] بينهما وجعلَ مجال الضابط أضْيَق من مجال القاعدة .

ومن خلال ما سلفَ يتجلى لنا أن القاعدة والضابط يشتركان في أن كلًا منهما قضية كلية فقهية تنطبق على جملة من الجزئيات الفقهية .

وأنهما يفترقان فيما يأتي، عند القائلين بالتفريق:

١-إن القاعدة تجمع فروعاً فقهية كثيرة من أبواب كثيرة بخلاف الضابط الفقهي فإنه يجمع فروعاً فقهية من باب واحد فحسب[3]، وعلى هذا فإن الضابط يختص بباب من أبواب الفقه أو بموضوعٍ فقهي واحدٍ، بينما القاعدة تكون مما لا يختص بباب

وهذا يقرر التفريق بين القاعدة والـ ضابط في مجالهما، فيدل على أن الـ ضابط أخص وأ ضيق مجالًا من القاعدة .

٢-إن الضوابط الفقهية لا يقع فيها كثير من الشذوذ والاستثناءات؛ لأنها تضبط موضوعاً واحداً فلا يتـ سامح فيه بـ شذوذ كثير، ومن هنا عبر عنها بعض الفقهاء بالكليات بخلاف القواعد فإنها يقع فيها شيء من الشذوذ والاستثناءات[4] .

وهذا يقرر الفرق بينها في كلية القاعدة والضابط .

---

(١) انظر: المطلب الثاني من الرسالة، هامش رقم: (٦)، من ص(٢٨) .

(٢) انظر: المطلب الثاني من الرسالة، هامش رقم: (١)، من ص(٢٩) .

(٣) انظر: القواعد للمقري: (١/ ٢١٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١١)، والأشباه والنظائر في النحو للسيوطي: (١/ ٩)، ولابن نجيم: ص(١٣١)، والقواعد الفقهية للندوي: (٥١-٤٦)، والقواعد الفقهية للباحسين: ص(٦٠)، وتشنيف المسامع: (٢/ ٩١٩)، ومقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني: (١/ ٢٤)، والقواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصاص: ص(٥٢) [رسالة ماجستير] .

(٤) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٥٢) .

٣-إن القاعدة الفقهية غالبًا ما تكون محل اتفاق بين المذاهب الفقهية -من حيث الجملة- وإن اختلفوا في بعض فروعها، وأما الضابط الفقهي فكثيرًا ما يختص بمذهب معينٍ بل إنه قد يكون وجهة نظر لفقيه واحدٍ في مذهب معين يخالفه فيه فقهاء آخرون من المذهب نفسه[1] .

٤-هناك من فرَّق بينهما من حيث العموم والشمول، فجعَلَ القاعدة أعمَّ وأشمل من الضابط الفقهي من حيث جمع الفروع وشمول المعاني ويؤكد هذا المعنىٰ ما ذكره المقري في كتابه[2]: «ونعني بالقاعدة: كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة» .

ويشهد لهذا فحوىٰ كلام ابن السبكي أيضاً[3] .

وعلىٰ هذا البيان يتسنىٰ لنا أن القاعدة من حيث مفهومها العام، تشمل الضابط الفقهي وغيره، والضابط الفقهي أخص من القاعدة وهو بمفهومه العام يدخل تحت مسمىٰ القاعدة .

يقول الدكتور محمد الروكي في أساس هذه التفرقة: «والحاصل أن الكلية معنىً يمثل روح القاعدة الفقهية...فمتىٰ وجدنا هذه الكلية في عبارة من العبارات الفقهية فهي قاعدة فقهية ولا علينا حينئذٍ أن يسميها البعض ضابطًا فقهيًا؛ إذا لا مشاحة في الاصطلاح والعبرة بالمعنىٰ لا باللفظ»[4] .

هذه أهم الفروق بين القواعد والضوابط الفقهية والله أسأل أن يلهمني السداد والتوفيق .



(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٥) .

(٢) كتاب القواعد للمقري: (١/ ٢١٢) .

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١١) .

(٤) قواعد الفقه الإسلامي للروكي: ص(١١٣) .

المطلب الرابع: مصادر[1] القواعد والضوابط الفقهية[2]

القواعد والضوابط الفقهية ليست وليدة مصدر واحد، ولا هي نتيجة استدلال معين، فبعضها من نصوص الشارع، وبعضها تُوصِّلَ إليه بطريق الاستدلال والاستنباط المتنوعة سواء كان استنباطًا من النصوص، أو استقراءً لها أو تتبعًا للجزئيات الفقهية أو غير ذلك[3] .

ويمكن أن تقسم مصادر القواعد والضوابط الفقهية إلى ثلاثة أقسام رئيسية[4]:

القسم الأول: قواعد فقهية مصدرها نصوص الشارع من الكتاب والسنة .

القسم الثاني: قواعد فقهية مصدرها نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم، وهي في الغالب مبنية على فهمهم -رحمهم الله- للنصوص الشرعية .

القسم الثالث: قواعد فقهية أوردها الفقهاء المجتهدون في مقام الاستدلال القياسي الفقهي ويمثل هذا القسم تخريج القواعد الفقهية من تراث العلماء .

وعلى قوة المصدر الذي أخذت منه القاعدة أو الضابط تتوقف قوتها ومجالات تطبيقها، هنا أذكر أهم هذه المصادر مع الأمثلة والشواهد:

القسم الأول:قواعد فقهية مصدرها نصوص الشارع من الكتاب والسنة:

لا شك أن النصوص الشرعية من الكتاب والسنة تعد أقوى مصادر القواعد والضوابط الفقهية وأرسخها وأولاها كما تعد القواعد المستندة إليها أقوى أنواع القواعد وأرجحها .

---

(١) المقصود بمصادر القواعدِ والضوابط الفقهية هو مصادر نشأة كل قاعدة منها وأساس ورودها، وعَبَّرَ عنها بعض المعاصرين بمصادر تكوين القواعد الفقهية أو مصادر استمداد القواعد الفقهية . انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(١٩٢) .

(٢) هذا المطلب من المو ضوعات التي تناولها و در سها الفقهاء الأفا ضل المعاصرون في درا ساتهم وهو يتطلب إكمال بعض الجوانب واستدراكها . انظر: مقدمة التحقيق لكتاب القواعد للحصني: (١/ ٣٣)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٦) وما بعدها، والقواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(١٩٢) وما بعدها .

(٣) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(١٩٢) .

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (١/ ٣٦) وما بعدها، والقواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(١٩٢) وما بعدها .

=

وبما أن بناء القواعد على النصوص الشرعية ليس بمرتبة واحدةٍ ولا هو على نمطٍ متساوٍ تختلف القواعد المستندة إليها من حيث الاعتبار والاستدلال، وهو على نوعين[١]:

النوع الأول: نصوص القرآن الكريم:

ما كان مصــدره نصًــا من القرآن الكريم فهو أعلى أنواع القواعد وأولاها بالاعتبار حيث إن القرآن الكريم هو أصل الشريعة وكليتها، وكل ما عداه من الأدلة راجع إليه .

والقواعد المستندة إلى القرآن الكريم لا تخلو من نوعين أيضاً:

الأول: نصوص الكتاب التي هي نصوص قواعد فقهية:

القواعد التي من هذا القبيل ترد أحياناً على صيغة النص الشرعي دون تغيير أو بتغيير يسير لا يشعر معه بتبدل صيغة النص الشرعي[٢] .

فمن آيات الكتاب التي جرت مجرى القواعد:

١-قوله تعالى: ﴿ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ﴾[٣] فقد جمعت هذه الآية على وجازة لفظها أنواع البيوع ما أحل منها وما حرَّمَ عدا ما استثنى[٤] .

٢-ومنها قوله تعالى: ﴿گ گ گ ڳ ڱ﴾[٥] .

هذه الآية تعتبر قاعدة شاملة لتحريم كل تعاملٍ وتصرفٍ يؤدي إلى أكل أموال الناس وإتلافها بالباطل من غير وجه مشروع يحله الله ورسوله .

٣-ومنها قوله تعالى: ﴿ڃ چ چ چ چ ڇ﴾[٦] .

«فهذه الآية من ثلاث كلمات تضمنت قواعد الــــشريعة في المأمورات والمنهيات...»[٧]، وقيل:

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٦) .

(٢) القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(١٩٣) .

(٣) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٤) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٦) .

(٥) الآية: (١٨٨) من سورة البقرة .

(٦) الآية: (١٩٩) من سورة الأعراف .

(٧) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: (٧/ ٣٤٧-٣٤٤)، نظم الدرر: (٩/ ٢٠٣)، والدر المنثور: (٣/ ٢٨٠) .

=

«ليس في القرآن آية أجمع لمكارم الأخلاق من هذه الآية»[(١)] .

والأمثلة على هذا المنوال كثيرة جدًا، فميلًا إلى الاختصار اكتفيت بما ذكرت[(٢)] والله الموفق والمعين .

الثاني: نصوص الكتاب الدالة على القواعد أو الضوابط الفقهية بطريق الاجتهاد:

والمقصود بهذا تلك القواعد التي استخرجها الفقهاء عن طريق الاجتهاد في نصوص الكتاب والبحث فيما تضمنته من المعاني والعلل، فالمصدر فيها النص الشرعي لكن لا بطريق مباشر بل بطريق التعليل والتوجيه .

وبناء القواعد على نصوص الكتاب عن طريق الاجتهاد ليس كبناء السابق .

والأمثلة من هذا القبيل كثيرة أذكر شيئاً منها على سبيل المثال:

١-قولهم: **المشقة تجلب التيسير**[(٣)]، أخذ الفقهاء هذه القاعدة الفقهية الكبرى من قوله تعالى: ﴿ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ﴾[(٤)] .

٢-ومنها قولهم: «**الحرج مرفوع**» أو قاعدة رفع الحرج التي هي أخت القاعدة السابقة في المضمون والإطار العام الذي تشملانه، اقتبس الفقهاء هذه القاعدة من قوله تعالى: ﴿ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ﴾[(٥)] .

٣-ومنها قولهم: **قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات**[(٦)] أخذ الفقهاء هذه القاعدة من قوله تعالى: ﴿ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ﴾[(٧)]، وكذلك أخذ بعضهم من هذه الآية قاعدة: الرخص لا تناط بالمعاصي . حيث جعلوها قيدًا لقاعدة الرخص.

---

(١) انظر: المصادر السابقة .

(٢) انظر: التفصيل في القواعد الفقهية للدكتور الندوي: ص(٢٣٧-٢٣٥)، وموسوعة القواعد للبورنو: (١/ ٣٨-٣٦) .

(٣) القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٦٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٨) .

(٤) الآية: (١٨٤) من سورة البقرة .

(٥) الآية: (٧٦) من سورة الحج .

(٦)الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٩٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٨٥) .

(٧)الآية: (١٧٢)، من سورة البقرة .

=

٤-ومنها قولهم: **الضرر يزال**، هذه القاعدة من القواعد الكبرىٰ المعروفة أخذها الفقهاء من مضمون قوله تعالىٰ: ﴿ىٰىٰىيىنئائائه﴾[١] ومن قوله تعالىٰ: ﴿پيپٺٺٺ﴾[٢] .

والأمثلة في هذا الجانب كثيرة جدًا، والله أعلم بالصواب .

النوع الثاني: نصوص السنة النبوية المطهرة:

وهو ضربان أيضًا كنصوص الكتاب:

الأول: نصوص السنة النبوية التي هي نصوص قواعد فقهية مباشرة:

وهذا النوع من القواعد يأتي علىٰ صيغة النص الشرعي دون تغيير أو بتغيير يسير لا يؤثر علىٰ المعنىٰ واللفظ الدال عليه .

والأمثلة علىٰ ذلك كثيرة جدًا فمن الأحاديث النبوية الشريفة الجامعة التي جرت مجرىٰ القواعد إلىٰ جانب مهمتها التشريعية ما يأتي:

١-قوله عليه الصلاة والسلام: «**كل مسكرٍ حرام**»[٣]، وقوله: «**ما أسكر كثيره فقليله حرام**»[٤] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد ذكر هذا الحديث: «جمع رسول الله ﷺ بما أوتيه من جوامع الكلم كل ما غطىٰ العقل وأسكر ولم يفرق بين نوعٍ ونوعٍ ولا تأثير لكونه مأكولًا ولا مشروبًا»[٥] .

٢-ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضَرر ولا ضِرار**»[٦] .

---

(١) الآية: (٢٣٣) من سورة البقرة .

(٢) الآية: (٢٣١) من سورة البقرة .

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١٥٨٦)، في باب بيان أن كل مسكرٍ حرام، من كتاب الأشربة عن عائشة رضي الله عنها .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٩٤)، في باب النهي عن المسكر من كتاب الأشربة والترمذي في سننه: (٨/ ٥٨)، مع عارضة الأحوذي في باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام من أبواب الأشربة وابن ماجة في سننه: (٢/ ١٢٢٥) باب ما أسكر كثيره فقليله حرام من كتاب الأشربة، والإمام أحمد في المسند: (٣/ ٣٤٣) . وصححه الألباني بشواهده. انظر: إرواء الغليل: (٨/ ١٤٢) .

(٥) مجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام: (٢٨/ ٣٤٢-٣٤١) .

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٨٤)، في باب: من بنىٰ في حقه ما يضر بجاره من كتاب الأحكام، برقم: (٢٣٤٠) عن عبادة، قال في الزوائد: «رجاله ثقات إلا أنه منقطع»، وبرقم: (٢٣٤١) عن ابن عباس وفي إسناده جابر =

هذا الحديث من القواعد الكلية الكبرىٰ التي ذكرها الفقهاء وهو نص المادة التاسعة عشر من مجلة الأحكام العدلية، وهو بفصه ينص علىٰ تحريم الضرر بأنواعه؛ لأن لا النافية في الحديث تفيد استغراق الجنس فالحديث وإن كان خبرًا لكنه في معنىٰ النهي .

فالحديث من أهم القواعد وأشملها فروعًا ولها تطبيقات واسعة في الفقه الإسلامي(١) .

٣-ومنها: قوله عليه الصلاة والسلام: «**الخراجُ بالضمان**»(٢) .

هذا الحديث النبوي الشريف من القواعد الشائعة المتداولة عن طريق مجلة الأحكام العدلية، وهو من القواعد التي تناولها الفقهاء باعتبار أنها قواعد جامعة لكثير من الأحكام الشرعية العملية، وهو من جوامع كلمه ﷺ وقد جاء في بعض رواياته ذكر السبب الذي ورد من أجله النص وهو: «أن رجلًا اشترىٰ عبدًا فاستغله ثم وجد به عيباً فخاصمه إلىٰ النبي ﷺ فردَّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي؛ فقال رسول الله ﷺ: «**الخراج بالضمان**»(٣) .

الجعفي، والإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٧٤٥) مرسلًا في باب القضاء في المرفق من كتاب الأقضية، والإمام أحمد في المسند: (١/ ٣١٣، و(٥/ ٣٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ: (٦/ ٦٠)، والدارقطني في سننه: (٤/ ٢٢٨)، وصححه الحاكم في المستدرك: (٢/ ٥٧)، ووافقه الذهبي، وقال النووي: «حديث حسن، ... وله طرق يتقوىٰ بعضها ببعضٍ»، وقال ابن رجب: «هو كما قال» . انظر: جامع العلوم والحكم: (٢/ ٢١٠) ط/ مؤسسة الرسالة، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل: (٣/ ٤٠٨) برقم: (٨٩٦) .

(١) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٤٢) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٧٧٩)، في باب: فيمن اشترىٰ عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، من كتاب البيوع، برقم: (٣٥٠٨)، والترمذي في سننه: (٣/ ٥٨١) في باب ما جاء فيمن اشترىٰ العبد من كتاب البيوع برقم: (١٢٨٥، ١٢٨٦)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والنسائي في سننه: (٧/ ٢٢٣) في باب الخراج بالضمان من كتاب البيوع برقم: (٤٤٩٥)، وابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٥٣) في باب الخراج بالضمان من كتاب التجارات برقم: (٢٢٤٢، ٢٢٤٣)، والإمام أحمد في المسند: (٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٢٣٨)، وابن حبان في صحيحه برقم: (١١٢٥)، وقال الشيخ الألباني: «حسن»، انظر: صحيح أبو داود: (٢/ ٦٧٠)، وإرواء الغليل: (٥/ ١٥٩-١٥٨) .

(٣) الحديث بهذا اللفظ أخرجه ابن ماجة في سننه: (٣/ ٧٥٣)، برقم: (٢٢٤٣) في باب الخراج بالضمان من كتاب التجارات ... وقد سبق الكلام علىٰ الحديث مفصلاً في الهامش السابق ويأتي بيان ذلك في قاعدة الغلة.

=

٤-ومنها: قوله عليه الصلاة والسلام: «**العجماء جرحها جبار**»(١) .

أخذ الفقهاء من هذا اللفظ القاعدة المشهورة لديهم، وهي: «**جناية العجماء جبار**»(٢)، فالحديث بعد تغيير طفيف صار من القواعد المتداولة لدى الفقهاء في مجال نفي الضمان أو الضرر عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من تلقاء نفسها، فهو يدل على أن ما تتلفه البهائم من مالٍ أو نفسٍ هو هدر لا ضمانَ فيه؛ إن لم يكن صاحبها قد تسبب في ذلك .

٥-ومنها: قوله عليه الصلاة والسلام: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**»(٣) وهو نص المادة السادسة والسبعين من مجلة الأحكام العدلية(٤) .

٦-ومنها: قوله عليه الصلاة والسلام: «**المسلمون عند شروطهم**»(٥) .

الحديث اعتمده الفقهاء قاعدة فقهية في أبواب الشروط(٦)، فظاهر المعنى يدل على وجوب

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١٢/ ٢٦٥)، مع فتح الباري في باب: المعدن جبار والبئر جبار من كتاب الديات، برقم: (٦٩١٢)، ومسلم في صحيحه: (١١/ ٢٢٢)، في باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار من كتاب الحدود، برقم: (٤٤٤٠) .

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٩٤)، وشرح القواعد الفقهية: ص(٤٥٧)، والفرائد البهية: ص(٥٣)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٣٦٧-٢٤٠)، موسوعة القواعد الفقهية للبونور: (٥/ ٢١) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٥/ ١٧٢)، في باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه من كتاب الرهن، برقم: (٢٩١٤)، واللفظ عنده: أن اليمين على المدعى عليه، ومسلم في صحيحه: (١٢/ ٢٢٩)، في باب اليمين على المدعى عليه من كتاب الأقضية، برقم: (٤٤٤٥)، واللفظ عنده: ولكن اليمين على المدعى عليه، واللفظ هنا للبيهقي: (١٠/ ٢٥٢)، قال النووي في أربعينه: «حديث حسن» . انظر: كتاب الأربعين النووية مع شرحه جامع العلوم والحكم: (٢/ ٢٢٦)، وصحيح مسلم بشرح النووي: (١٢/ ٢)، وقد حسنه الحافظ في الفتح: (٥/ ٣٨٣) .

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٧٦) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٧٣)، في باب في الصلح من كتاب الأقضية، والترمذي في سننه: (٣/ ٦٣٤-٦٣٥) في باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح تعليقاً بين الناس، من كتاب الأحكام، برقم: (١٣٥٢)، وذكره البخاري في ترجمة باب أجر السمسرة: (٤/ ٥٢٧)، و صححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ١٤٢) برقم: (١٣٠٣) .

(٦) انظر: حجة الله البالغة: (٢/ ٣٠٤)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي: (٢/ ٤٥٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٨) .

=

احترام كل ما رضيه المتعاقدان من الشروط إلا الشروط التي تحل الحرام أو تحرم الحلال كما ورد في بعض ألفاظه[١] .

هذه بعض نصوص الأحاديث النبوية الشريفة التي اعتبرها الفقهاء قواعد فقهية ذكرتها تمثيلًا، وأرى أن هذا يكفي في هذا المقام؛ لأنه ليس المقصود من هذا الاستقصاء بل المقصود هو التوضيح ليس غير .

الثاني: نصوص السنة النبوية الدالة على القواعد والضوابط الفقهية عن طريق الاجتهاد .

المقصود بهذا تلك القواعد التي استخرجها الفقهاء عن طريق الاجتهاد في نصوص السنة، فالمصدر فيها الحديث النبوي الشريف لكن لا بطريق مباشر -كما سبق بيانه- بل بطريق التعليل والتوجيه والتفسير .

والأمثلة من هذا القبيل كثيرة أيضاً، أذكر شيئاً منها على سبيل المثال:

١-قولهم: «**الحريم له حكم ما هو حريم له**»[٢]، ذكر العلماء أن الأصل في هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام: «**إن الحلال بيّن، والحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وَقَعَ في الشبهات وقعَ في الحرام** ... »[٣] ويؤيد هذا الاستنباط مفهوم القاعدة، فإنها تدل على أن للحريم حكم ما هو حريم له، فإن كان حريماً للواجب فهو واجب، وإن كان حريماً للحرام فهو حرام[٤] .

٢-ومنها قولهم: «**الفرض أفضل من النفل**»[٥]، بناء هذه القاعدة على طائفة من الأحاديث الدالة

---

(١) واللفظ هو: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا» . انظر: سنن الترمذي: (٣/ ٦٣٥)، من كتاب الأحكام برقم: (١٣٥٢)، وكذلك سنن ابن ماجة: (٢/ ٧٨٨) من كتاب الأحكام برقم: (٢٣٥٣)، وصححه الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ١٤٣) وما بعدها .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٣٩) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١/ ٢٠) في باب: الحلال بيِّن والحرام بيّن .. من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٢٠-١٢١٩) في باب: أخذ الحلال وترك الشبهات من كتاب المساقاة .

(٤) القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٠٢) .

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١٨٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٦١)، وقواعد الفقه الإسلامي للروكي: ص(١٥٠) .

علىٰ هذا المعنىٰ، منها قوله عليه الصلاة والسلام فيما يرويه عن ربه: «**وما تقرَّبَ إليَّ عبد بشيء أحبَّ إليّ مما افترضت عليه**»[١]، فالحديث يدل صراحةً علىٰ نفي الأفضلية والأحبية عن غير الفرائض.

ويؤكد هذا المعنىٰ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في فضل شهر رمضان: «**من تقرَّب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه، ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضةً فيما سواه...**»[٢].

٣-ومنها قولهم: «**الميسور لا يسقط بالمعسور**»[٣] هذه القاعدة من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «**إذا أمرتكم بأمرٍ فأتوا منه ما استطعتم**»[٤].

ويؤكد هذا المعنىٰ ما روىٰ عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: «كانت بي بواسير[٥] فسألت النبي ﷺ عن الصلاة، فقال: صلِّ قائماً فإن لم تستطع فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلىٰ جنبٍ»[٦]، فإنه يستفاد من الحديث أن الميسور لا يسقط بالمعسور؛ لأن وجوب الصلاة منوط بوجود العقل فحيث كان حاضراً لا يسقط التكليف عن المكلف كما لا يسقط الركوع والسجود بالعجز عن القيام.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١١/ ٣٤٨) مع فتح الباري في باب التواضع من كتاب الرقاق، برقم: (٦٥٠٢).

(٢) الحديث أخرجه ابن خزيمة في صحيحه مرفوعًا عن سلمان الفارسي، برقم: (١٨٨٧)، (٣/ ١٩١)، وقال في ترجمة بابه: باب فضائل شهر رمضان إن صح الخبر، وكذلك رواه أبو الشيخ ابن حبان في الثواب وفيه علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف، وقد ضعفه محقق صحيح ابن خزيمة، وكذلك محقق لطائف المعارف: ص(٢٣٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١٥٥)، والمجموع المذهب: (٢/ ٥٧٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٧٦)، وقواعد الأحكام: (٢/ ١٩).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١٣/ ٢٥١) مع الفتح في باب الاقتداء بسنن رسول الله من كتاب الاعتصام، ومسلم في صحيحه: (٩/ ١٠١) في باب فرض الحج مرة في العمر من كتاب الحج.

(٥) بواسير جمع باسور، تطلق علىٰ مرض يحدث فيه تمدد وريدي دوالي في الشرج علىٰ الأشهر. انظر: النهاية في غريب الحديث: ص(٧٧)، والمعجم الوسيط: (١/ ٥٦)، والمصباح المنير: ص(١٨).

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٢/ ٦٨٤) في باب إذا لم يطق قاعدًا صلىٰ علىٰ جنبٍ من كتاب تقصير الصلاة، برقم: (١١١٧)، وكذلك برقم: (١١١٥، و١١١٦).

=

والحديث الوارد في النهي عن المنكر[١] أيضًا يحتمل هذا المعنى[٢] ويؤكد الدلالة على القاعدة المذكورة .

ويعضد هذا المغزى قول الله ﷻ: ﴿ۇۆۈۋۉۊۋ﴾[٣] .

٤-ومنها: قولهم: **الأمور بمقا صدها**[٤]: هذه القاعدة من القواعد الكلية الكبرى، والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام: «**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئٍ ما نوى...**»[٥]، وقد اعتبر بعض العلماء هذا الحديث نص قاعدة فقهية، وا ستخرج بعض العلماء أيضاً من هذا الحديث قاعدة أخرى، وهي: «لا ثواب إلا بنيةٍ»[٦] .

٥-ومنها: قولهم: **اليقين لا يزول بالشك**[٧]، هذه القاعدة من القواعد الكلية الكبرى أيضاً، والأصل فيها كما ذكر الفقهاء هو الحديث الذي رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا وجدَ أحدكم في بطنه شيئًا فأشكل عليه أخرجَ منه شيء أم لا؟ فلا يخرجنَّ من المسجد حتى يسْمَعَ صوتًا أو يجد ريحًا»[٨]، قال النووي بشأن اعتماد واستناد القاعدة المذكورة إلى الحديث: «وهذا الحديث أصل من أصول الإ سلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأ شياء يحكم ببقائها على أ صولها حتى

---

(١) وهو ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من رأى منكم منكرًا فليغيره بيده، فإن لم يستطيع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان» . الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١/ ٦٩) في باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان .. من كتاب الإيمان، برقم: (٧٠) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٨٦-٢٨٥) .

(٣) الآية: (٢٨٦) من سورة البقرة .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٥٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٧) .

(٥) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه في عدة مواضع: (١/ ٢، ٣/ ١٩١، ٥/ ٧٢، ٧/ ٤، ٥٨، ٨/ ١٧٥، ٩/ ٢٥، ٢٩)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٥١٦-١٥١٥) من كتاب الإمارة .

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٠) .

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ١٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٥٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٥٥)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٤)، والمدخل الفقهي العام: ص(٥٧٤)، والوجيز: ص(١٦٦) .

(٨) الحديث بهذا اللفظ أخرجه مسلم في صحيحه: (١/ ٢٧٦) في باب: الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدثِ فله أن يصلي بطهارته تلك، من كتاب الحيض .

=

يتيقن خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ عليها»[1] .

٦-ومنها قولهم: **الحدود تسقط بالشبهات**[2]، وأصل هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام: «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**»[3] وللحديث ألفاظ متعددة وشواهد يتقوى بعضها ببعضٍ، والقاعدة المذكورة قريبة من نص الحديث ولهذا فإنّ عدها من ألفاظ الحديث النبوي الشريف ليس ببعيد[4] .

والأمثلة في هذا القسم كثيرة جداً، هذه الأمثلة تؤكد أن الفقهاء استنبطوا وأخذوا من نصوص الأحاديث النبوية الشريفة قواعد فقهية كثيرة وهي ليست نصوصًا من الأحاديث مباشرة وإنما انبثقت وأخذت عن طريق الاجتهاد .

القسم الثاني: قواعد فقهية مصدرها نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم:

وهي نوعان أيضاً:

النوع الأول: قواعد فقهية مصدرها الإجماع المستند إلى الكتاب والسنة[5]:

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووي: (٤/ ٤٩) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٣٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي: ص(١٢٩)، واللفظ عنده: الحدود تدرأ بالشبهات، والمنثور للزركشي: (٢/ ٤٠، ٢/ ٢٢٥)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٢٤٢)، والفروق للقرافي: (٤/ ١٧٢) .

(٣) الحديث بهذا اللفظ مرفوعًا أخرجه الحارثي في مسند أبي حنيفة: ص(٣٢)، في كتاب الحدود، برقم: (٤) عن ابن عباس والظاهر: أن هذا إسناد صحيح فإن سنده فيه: عن مقسم عن ابن عباس، ومقسم ثقة، قال عنه أحمد بن صالح المصري: «ثقة ثبت لا شيء فيه»، وقال أبو يعلىٰ: «مكي تابعي ثقة»، ووثقه يعقوب بن سفيان والدارقطني أيضاً . انظر: تهذيب التهذيب لابن حجر: (١٠/ ٢٨٩-٢٨٨)، برقم: (٥٠٧)، وذكر الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير: (٢/ ٣٥٣): «وفي مسند أبي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس بلفظ الأصل مرفوعًا». اهـ، وسكت عنه، فهو حسن أو صحيح علىٰ أصله . انظر: إعلاء السنن: (١١/ ٥٢٣)، قال السيوطي: «أخرجه ابن عدي في جزءٍ له عن ابن عباسٍ ثم سكت عليه» . انظر: الأشباه والنظائر له: ص(١٣٦)، قال الشوكاني في نيل الأوطار: (٧/ ١١٨): «وأصح ما فيه عن عبد الله بن مسعودٍ موقوفاً»، وفي فيض القدير للمناوي: (٢/ ٢٢٨-٢٢٧) عن عبد الله بن مسعود موقوفًا، قال ابن حجر: «وهو موقوف حسن الإسناد، وبه يرد قول السخاوي: طرقه كلها ضعيفة»، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء: (٧/ ٣٤٣)، وانظر: المقاصد الحسنة برقم: (٤٣) .

(٤) انظر: القواعد الفقهية للأستاذ الدكتور للبا حسين: ص (٢١٠-٢٠٩).

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٣٩) .

والمقصود من هذا النوع بيان تلك القواعد التي أخذت من نصوص إجماع العلماء، والأمثلة على هذا كثيرة، أذكر هنا شيئاً منها على سبيل المثال:

١-قولهم: **لا اجتهاد مع النص**(١): فهذه القاعدة تفيد تحريم اجتهاد في حكم مسألة ورد فيها نص من الكتاب والسنة؛ لأنه إنما يحتاج للاجتهاد عند عدم وجود النص أما عند وجوده فلا اجتهادَ إلا في فهم النص ودلالته، والأصل في هذه القاعدة إجماعهم على أن الاجتهاد لا يسوغ مع وجود نص(٢) .

٢-ومنها قولهم: **الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد**(٣) وعبرت مجلة الأحكام العدلية عن هذه القاعدة في المادة السادسة عشر منها بصيغة: **الاجتهاد لا ينقض بمثله**، وهي من القواعد المهمة في مجال الاجتهاد والقضاء، والأصل فيها على ما ذكره بعض العلماء إجماع الصحابة؛ وأن بعضهم كان يقضي في مسائل ويخالفه من بعده ولا ينقض قضاءه كما علل ذلك بأنه -أي النقض- يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام(٤) .

والمراد بالقاعدة: أن الأحكام الاجتهادية إذا فصلت بها الدعوى على الوجه الشرعي، ونفذت أنه لا يجوز نقضها بمثلها؛ لأن الاجتهاد الثاني ليس بأولى من الاجتهاد الأول؛ ولأنه إذا جاز نقض الأول جاز أيضًا نقض الثاني بثالث، والثالث بغيره فلا يمكن أن تستقر الأحكام .

ويرى بعض الباحثين أن هذه القاعدة مستنبطة من السنة التي منها حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصابَ فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر**»(٥) .

---

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٥)، برقم: (١٤)، وقواعد الخادمي: ص(٣٢٩)، والوجيز في القواعد الفقهية للبورنو: ص(٣٣) .

(٢) انظر: درر الحكام، مادة رقم: (٥٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٨٩) .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١١٣) .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١١٣) .

(٥) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: (٩/ ١٣٣) في باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ من كتاب الاعتصام، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٤٢) في باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ من كتاب الأقضية .

=

ووجه الاستنباط أنه ﷺ شرعَ الاجتهادَ ورتب عليه الثواب في الخطأ والصواب . وهذا يعني أن العلم ممن أصـــاب أو أخطأ من المجتهدين ليس في مقدور أحدٍ منهم[١] فتكون اجتهاداتهم متســـاوية، فلا يجوز أن ينقض بعضها بعضًا؛ لاحتمال أن تكون المنقوضة أقوىٰ من الناقض[٢] .

النوع الثاني: قواعد فقهية مصدرها نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم:

من المصـــادر التي عملت علىٰ تكوين القواعد الفقهية نصـــوص العلماء ســـواء كانوا من العلماء المجتهدين المعروفين أو ممن ســـبقهم من علماء الصـحابة والتابعين، ومن تلك النصـوص ما كان علىٰ هيئة قواعد أو ضوابط أو أصول حتىٰ استقر في كتب القواعد ومنها ما جرىٰ تحسين وتشذيب عبارته متدرجاً في ذلك علىٰ مر العصور حتىٰ أخذ مكانه في ميدان القواعد الفقهية[٣] .

اذكر هنا نماذج من تلك النصـــوص التي لعبت دوراً فعالًا في تكوين القواعد الفقهية منذ نشـــأته فمن تلك النصوص:

١-قول الخليفة الرا شد عمر بن الخطاب ﷺ: «**مقاطع الحقوق عند الشروط**»[٤]، واعتبر العلماء المجتهدون فيما بعده هذا الأثر قاعدة فقهية في باب الشروط .

٢-ومنها: قول ابن عباس {: «كل شيء في القرآن: أو فهو مخير، وكل شيءٍ، «فإن لم تجدوا» فهو الأول فالأول»[٥] .

٣-ومنها قول القاضي شريح بن الحارث الكندي[٦]: «**من شرط على نفســـه طائعًا غير مكرهٍ فهو**

(١) نظرية التقعيد الفقهي: ص(٩٦) .

(٢) المصدر السابق، والقواعد الفقهية للباحسين: ص(٢١٠-٢٠٩) .

(٣) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢١٦) .

(٤) الأثر أخرجه البخاري تعليقًا في صحيحه: (٥/ ٣٢٢) في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، والبيهقي في السنن الكبرىٰ: (٧/ ٢٤٩) في باب الشروط في النكاح، من كتاب الصـداق برقم: (١٤٤٣٨)، وابن أبي شـيبة في المصـنف: (٤/ ١٩٩) وسعيد بن منصور في السنن: (١/ ١٨٥) في باب ما جاء في الشرط في النكاح، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل: (٣/ ٣٠٢) .

(٥) الأثر أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف: (٤/ ٣٩٥) عن ابن عباس .

(٦) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، قاضي الكوفة وفقيهها، حدّث عن عمر وعلي وغيرهما. وعنه إبراهيم النخعي وابن سيرين ووثقه ابن معين، يقال له قاضي المصريين، توفي سنة (٧٨) أو (٨٠)هـ .

=

عليه»(١) .

٤-ومنها قول القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت١٨٢): «**التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصِغَرِه**»(٢) .

٥-ومنها قول الإمام مالك (ت١٧٩): «**كل ما لا يفسد الثوب لا يفسد الماء**»(٣) .

٦-ومنها: قول محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩): «**لا يجتمع الأجر والضمان**»(٤) .

٧-ومنها قول الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤): «**لا ينسب إلى ساكتٍ قول**»(٥) .

٨-وكذلك قوله: «إذا ضَاق الأمر اتَّسَعَ»(٦) .

٩-ومنها قول الإمام أحمد (ت٢٤١): «كل ما جاز فيه البيعُ تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن»(٧).

هذه الأمثلة توضح لنا أن نصوص العلماء المجتهدين والأقوال المخرجة لهم كانت مصدرًا خصبًا لتكوين القواعد الفقهية وأصدق شاهد وأدل دليل على ذلك أن بعض هذه النصوص أضحت عند الفقهاء -رحمهم الله- قواعد ثابتة مستقلة وجرت مجرى القواعد الفقهية بنصوصها وفصوصها .

القسم الثالث: قواعد فقهية أوردها الفقهاء المجتهدون في مقام الاستدلال القياسي الفقهي:

وفي هذا القسم تعتبر تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك الا ستدلا ل القياسي عليها

انظر: وفيات الأعيان: (٢/ ٤٦٠)، وشذرات الذهب: (١/ ٨٥)، وحلية الأولياء: (٤/ ١٣٢)، وتهذيب التهذيب: (٣٢٨/٤) .

(١) انظر: صحيح البخاري: (١٢/ ٥٥) مع شرح الكرماني .

(٢) كتاب الخراج للإمام أبي يوسف: ص(١٨٠) .

(٣) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٦) .

(٤) انظر: كتاب الأصل: (٣/ ٤٥)، ولقد عبَّر عن هذه القاعدة أصحاب المجلة العدلية بصيغة: «الأجر والضمان لا يجتمعان» . انظر: مجلة الأحكام، مادة رقم: (٨٦) .

(٥) الأم: (١/ ١٥٢) . وكذلك الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٥٨) .

(٦) انظر: المنثور للزركشي: (١/ ١٢١-١٢٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٩٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (٤٨/١) .

(٧) كتاب مسائل الإمام أحمد لأبي داود السجستاني: ص(٢٠٣)، وكذلك نقله الندوي في القواعد الفقهية: ص(٩٤) .

=

من أعظم مصـــدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صـــيغها وهي تمثل تخريج القواعد الفقهية من تراث العلماء سواء كان ذلك عن طريق الاستقراء أو القياس أو الاستصحاب أو الاستدلال العقلي[١] ومن الأمثلة التي تنير لنا الطريق إلى هذا القسم ما يأتي:

١-قولهم: «**إنما يثبت الحكم بثبوت الســبب**»[٢]، هذه قاعدة أصـــولية وفقهية اســتنبطها الفقهاء المجتهدون من الإجماع ومعقول النصـوص، فمثلاً: يثبت وجوب صـلاة الظهر وتعلقها في ذمة المكلف بزوال الشمس، فزوال الشمس سبب لثبوت الوجوب للصلاة فلو لم يثبت الزوال لم يثبت الوجوب[٣]، وقد يستدل لها بقوله تعالى: ﴿ققـقـق﴾[٤] .

٢-ومنها: قولهم: الأصل عند الشافعي: **أن كل ما كان طاهرًا جاز بيعه وما لم يكن طاهرًا لم يجز بيعه**[٥] هذه القاعدة من القواعد التي خرجت عن طريق الاستقراء[٦] .

٣-ومنها: قولهم: «المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا أو حقيقةً»[٧] .

٤-ومنها قولهم: ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ[٨] .

٥-ومنها قولهم: **الأصـل بقاء ما كان على ما كان**[٩] هذه القاعدة من القواعد التي خرجت على أصـل الاستصحاب، بل القاعدة هذه جاءت بمعنى الاستصحاب نفسه وذلك لأن الحكم ببقاء ما كان على ما كان يعني البقاء على الحكم الســابق المســتصــحب باليقين وعدم إزالته وتغييره

---

(١) ذكر الدكتور الباحســين في هذا القســم ســتة طرق ومثل كل طريق على حدة . انظر القواعد الفقهية له: ص(٢٢٢-٢٦١).

(٢) المبسوط للسرخسي: (٢٨/ ١٠) .

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٤٢) .

(٤) الآية: (٧٨) من سورة الإسراء .

(٥) انظر: تأسيس النظر: ص(١٣٥)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣٥٠)، وحاشية عميرة: (٢/ ٢٥٠) .

(٦) انظر تفصيل الكلام في القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٢٦) .

(٧) كتاب القواعد للمقري: (٦/ ٣٣٣)، وإيضاح المسالك: ص(١٣٨) .

(٨) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور الروكي: ص(٤٦١) .

(٩) انظر: المجموع المذهب: (١/ ٣٠٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٥٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٥٧) .

=

بالاحتمالات والشكوك الطارئة .

٦-ومنها: «**الجواز الشرعي ينافي الضمان**»[1] هذه القاعدة من القواعد التي ذكرها أصحاب المجلة العدلية «وهي من القواعد التي يقضي بها العقل؛ لأن الضمان يكون بالتعدي، وبفعل ما لا يجوز، فكيف يجتمع مع التجويز الشرعي[2]؟»

هذه نماذج من القواعد والضوابط الفقهية التي استنبطت أو خرجت من تعليلات الفقهاء للأحكام الفقهية الاجتهادية عن طريق مسالك الاستدلال القياسي الفقهي وهي ليست على مرتبة تلك القواعد التي أخذت من نصوصهم إلا أنها بعد تصقيل وتشذيب جاءت على صيغها المحكمة التي تداولها العلماء وجرت مجرى القواعد الفقهية، وهي كثيرة وهي ما زالت ولا تزال بحاجة إلى التنقيب والترتيب، والله أعلم بالصواب .



(١) شرح المجلة للأتاسي: (١/ ٢٥١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا: ص(٣٨١) .

(٢) القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٤٣) .

المطلب الخامس: دليلية القواعد والضوابط الفقهية

اختلف الفقهاء والباحثون في مسألة هل يجوز أن تجعل القواعد والضوابط الفقهية دليلًا يستند إليه في استنباط الأحكام، ومدركًا يؤخذ به في التعليل والترجيح اختلافًا يمكن إرجاعه إلى قولين:

القول الأول: إنه يسوغ لنا أن نستدلَّ بالقواعد والضوابط الفقهية على استنباط الأحكام، وتعول عليها في مواضع التعليل والترجيح فيما لا يوجد فيه دليل أقوى منها، ويصح لنا أن نستندل بها فيما يوجد فيه دليل تقويةً للدليل المستدل به وزيادةً عليه(١) .

وسلك هذا المسلك كثير من الفقهاء قديمًا وحديثًا وكذلك بعض الباحثين الأفاضل ويشهد لهذا القول عباراتهم المختلفة، أذكر هنا شيئاً منها:

١-قول الإمام مالك -رحمه الله- (ت١٧٩) عندما سُئِل عن خرء الطير والدجاج التي ليست بمخلاة تقع في الإناء فيه الماء فقال -رحمه الله- : «**كل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء**»(٢) .

هذه العبارة عن الإمام مالك -رحمه الله- جاءت في موضع التعليل والاستدلال، وهي كضابطٍ فقهي اعتمد عليها الإمام في استنباط الأحكام .

٢-ومنها قول الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري -رحمه الله- (ت١٨٢) في مواقع التعليل والاستدلال: «وهذه الموات وصفتُ لك في أول المسألة وليس للإمام أن يخرجَ شيئًا من يد أحدٍ إلا بحق ثابتٍ معروف»(٣) .

٣-ومنها قوله -رحمه الله- أيضاً في معرض بيان حد أرض العشر من أرض الخراج: «كل أرض أسلم أهلها عليها وهي من أرض العرب أو أرض العجم فهي لهم وهي أرض عشر»(٤) .

---

(١) انظر: تفصيل الكلام في المسألة في القواعد الفقهية للدكتور الندوي: ص(٢٩٣) وما بعدها، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي البورنو: ص(٣٣)، وموسوعة القواعد الفقهية: (١/ ٤٤) وما بعدها، وكتاب القواعد لأبي عبد الله المقري: (١/ ١١٧-١١٦)، والقواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٦٥) وما بعدها .

(٢) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٦)، ط/ مطبعة السعادة سنة (١٣٢٣)هـ .

(٣) انظر: كتاب الخراج لأبي يوسف: ص(٦٦-٦٥) .

(٤) انظر: المصدر السابق: ص(٦٩) .

ومثل هذه العبارات عن الإمام أبي يوسف كثيرة جداً وهي تشهد بكل صراحةٍ أنها من العبارات التي استدل بها الإمام -رحمه الله- في مواضع التعليل، وهي كقواعد أو ضوابط فقهية خرجت عليها مسائل وأحكام أخرىٰ .

٤-ومنها: قول الإمام محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله- (ت١٨٩): «ولو أن رجلاً كان متوضئًا فوقعَ في قلبه أنه أحدثَ، وكان ذلك أكبر رأيه، فأفضل ذلك أن يعيد الوضوء، وإن لم يفعل، وصلىٰ علىٰ وضوئه الأول، كان عندنا في سعةٍ؛ لأنه عندنا علىٰ وضوءٍ حتىٰ يستيقن بالحدث»(١).

قال الندوي: « فإذا تأملنا في هذه العبارة وجدناه يعلل الحكم بأكبر الرأي وهو الظن الغالب وبناءً عليه يفضل إعادة الوضوء في الصورة الأولىٰ، ثم يفتي بجواز الصلاة في الصورة الثانية إن لم يعد الوضوء بناءً علىٰ القاعدة المشهورة المقرر: «**اليقين لا يزول بالشك**»(٢) .

هذه العبارة دليل واضح علىٰ اعتبار القواعد أو الضوابط أدلةً في استنباط الأحكام والاستدلال بها .

٥-ومنها قوله -رحمه الله- أيضًا: «ولو آجر العبد نفسه -وهو محجور عليه- رجلًا سنة بمائة درهم ليخدمه، فخدمه ستة أشهر، ثم أعتق العبد فالقياس في هذا: أنه لا أجر للعبد فيما مضىٰ؛ لأن المستأجر كان ضامنًا له، ولا يجتمع الأجر والضمان، ولكنا نستحسن إذا سلم العبدَ أن يجعلَ له الأجر فيما مضىٰ، فيأخذه العبد، فيدفعه إلىٰ مولاه، فيكون ذلك لمولاه دونه»(٣) .

هذه العبارة عن الإمام تماثل تمامًا الأسلوب الذي رَاج وشاعَ في كتب المتأخرين عند التقعيد، وهي كقاعدة فقهية شاعت بين الفقهاء وقد عبر عنها أصحاب المجلة بالصيغة نفسها تقريبًا: وهي عندهم: «**الأجر والضمان لا يجتمعان**»(٤) وهي جاءت عنه في موطن التعليل والاستدلال .

٦-ومنها قول الإمام الشافعي -رحمه الله- ت(٢٠٤): «**الأعظم إذا سقط عن الناس سقطَ ما هو أصغر منه**»(٥)، وقد جرت هذه القاعدة علىٰ لسان الإمام الشافعي عند تعليل بعض الأحكام

(١) انظر: كتاب الأصل: (١/ ١٦٢)، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، ط/ دائرة المعارف العثمانية بالهند .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الندوي: ص(٨٧) .

(٣) انظر: كتاب الأصل: (٣/ ٤٥) .

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٨٦) .

(٥) كتاب الأم: (٣/ ٢٣٦)، ط/ دار المعرفة .

المتعلقة بالإكراه فقال -رحمه الله- : «وللكفر أحكام كفراق الزوج، وأن يقتل الكافر، ويغنم ماله، فلما وضعَ الله عنه سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله؛ لأن الأعظم إذا سقط عن الناسِ سقطَ ما هو أصغر منه، وما يكون حكمه بثبوته عليه»(١) .

هذه العبارة عن الإمام الشافعي توضح لنا بكل وضوحٍ أن القواعد والضوابط الفقهية معتبرة في مواطن التعليل والاستدلال .

٧-ومنها قوله أيضاً: «**ولا ينسب إلى ساكتٍ قول قائلٍ** ولا عمل عاملٍ، وإنما ينسب إلى كلّ قوله وعمله ...»(٢) .

هذه القاعدة أفصح عنها عند نقاش موضوع الإجماع على مسائل فقهية ثم تداولها الفقهاء وطبقوها في كثير من الأحكام(٣)، وهي دليل على اعتبار القواعد أو الضوابط الفقهية في مواضع الاستدلال .

٨-ومنها قوله أيضاً: «**إذا ضاق الأمر اتَّسعَ**» فقد ذكر العلامة الزركشي نقلًا عن أئمة الشافعية أن هذه القاعدة من عبارات الشافعي الرشيقة، وقد أجاب بها في عدة مواضع، واستدل بها في مواضع التعليل، منها: ما إذا فقدت المرأة وليها في سفرٍ فوَلَّتْ أمرها رجلًا يجوز، قيل له: كيف هذا؟ فقال: «إذا ضَاقَ الأمر اتَّسعَ»(٤) .

ومنها: أنه سئل عن الذباب يجلس على غائطٍ ثم يقع على الثوب فقال: إن كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه، وإلا فالشيء إذا ضاقَ اتّسعَ»(٥) .

فهذه العبارة عن الإمام الشافعي -رحمه الله- دليل واضح على أنه استدل بها كقاعدة فقهية في استنباط الأحكام الفقهية .

٩-ومنها: قول الإمام أحمد (ت٢٤١) -رحمه الله-: «**كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة**

---

(١) المصدر السابق: (٣/ ٢٣٦) .

(٢) كتاب الأم: (١/ ٢٧٥)، باب الخلاف في هذا الباب (أي باب الساعات التي تكره فيها الصلاة» من كتاب الصلاة .

(٣) القواعد الفقهية للدكتور الندوي: ص(٩١) .

(٤) المنثور في القواعد: (١/ ١٢١-١٢٠)، تحقيق د/ تيسير فائق أحمد و القواعد الفقهية للندوي: ص (٩١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٨٣) الفائدة الخامسة من القاعدة الثالثة: المشقة تجلب التيسير .

=

والرهن»[١]، وقد أجاب الإمام أحمد -رحمه الله- بهذا الضابط عن المسائل التي تتعلق بالهبة، وجعله دليلًا لتلك المسائل .

١٠-ومنها: ما روي عن الإمام أحمد أيضًا: «**كل شيء من الطعام بعضه ببعض نسيئة مكروه**»[٢]، وقد أجاب بهذه العبارة الإمامُ أحمدُ -رحمه الله- عن مسائل كثيرة في باب بيع الطعام بالطعام، وهي جاءت في مواضع التعليل، وتتَّسِمُ بطابع الضوابط الفقهية، وهي تدل بوضوح على دليلية الضوابط الفقهية .

وهناك نصوص فقهية أخرى مما يدل على القول بحجية القواعد والضوابط الفقهية واعتبارها أدلة لاستنباط الأحكام، أذكر هنا شيئًا منها:

١-ما ذكره أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي الشافعي (ت٦٢٣هـ): «فلو أكره على الزنا، ففي وجوب الحد وجهان: وقال في الكتاب: قولان: أصحهما: أنه لا يجب؛ لشبهة الإكراه...»[٣]، وقد استدل الإمام الرافعي هنا بقاعدة الشبهة التي يدرأ بها الحد .

٢-من تلك النصوص الفقهية التي يفهم منها القول بحجية القواعد والضوابط الفقهية ما ذكره أبو زكريا -يحيى بن شرف النووي- (ت٦٧٦) بعد أن ذكر مسائل كثيرة تتعلق بحدٍ من الحدود: «قلت: الصحيح الجزم بوجوب الحد، وهو المعروف في المذهب والجاري على القواعد والله أعلم»[٤] فهذه العبارة عن الإمام النووي تلقي ضوءًا على اعتبار القواعد الفقهية في مواضع الاستدلال والاستنباط .

وكذلك ما ذكره النووي في شرح المهذب[٥]: «لا فرق عند أحمد بين أكل لحم الإبل مطبوخاً، ونِيِّئًا، ومشويًا، ففي كله الوضوء . وكذا قولنا القديم . ولأحمد رواية: أنه يجب الوضوء من شَرِب

(١) مسائل الإمام أحمد برواية أبي داود: ص(٢٠٣) في باب الهبة .

(٢) مسائل الإمام أحمد برواية الكوسَج: (٦/ ٢٩٥) تحقيق د. صالح الفهد، وقد روي مثل هذه العبارة عن عبد الله بن عمر، أخرجه عبد الرزاق في المصنف: (٨/ ٣٠) في باب الطعام مثلًا بمثلٍ من كتاب البيوع .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي: (١١/ ١٤٩) .

(٤) روضة الطالبين: (٧/ ٣١٣) .

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب: (٢/ ٦٤) .

لبَنَ الإبل . ولا أعلم أحدًا وافقه عليها، ومذهبنا ومذهب كافة العلماء: لا وضوء من لبنها .

واحتج أصحاب أحمد بحديث عن أسَيِّد بن حُضَير رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا توضؤا من ألبان الغنم، وتوضؤا من ألبان الإبل» رواه ابن ماجة بإسناد ضعيف[1] . فلا حجة فيه، ودليلنا أن الأصل الطهارة ولم يثبت ناقض» .

فالإمام النووي -رحمه الله- هنا استند إلى القاعدة المشهورة: «**الأصل: بقاء ما كان على ما كان**» وقدمها على الحديث الضعيف[2].

٣-ومنها ما صرّح به أبو العباس شهاب الدين القرافي (ت٦٨٤)، فقال: بنقض حكم القاضي إذا خالف قاعدةً من القواعد السليمة عن المعارض ومثَّل لذلك بما لو حكم القاضي بعدم وقوع الطلاق في المسألة السُّرَيجية[3] فإنه ينقض؛ لأنه يخالف القاعدة المعروفة: أن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط[4] وشرط السُّريجية لا يجتمع مع مشروطه أبدًا[5]؛ لأن تقدم الثلاث يمنع لزوم الطلاق بعدها[6] .

وإذا أمْعَنا النظر في رأي القرافي -رحمه الله- هذا علمنا أنه يجعل القواعد في درجة الحجج القوية التي ينقض لها حكم القاضي إذا حكم بخلافها وهي النص، والإجماع والقياس الجلي- بشرط

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه: (١/ ١٦٦)، في باب ما جاء في الوضوء من لحوم الإبل من كتاب الطهارة والإمام أحمد في المسند: (٤/ ٣٥٢)، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف سنن ابن ماجة: ص(٣٨)، برقم: (١٠٩) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للندوي بتصرف يسير: ص(٢٩٥-٢٩٤) .

(٣) المسألة السُّريجية: هي مسألة مشهورة بين الفقهاء، سميت بذلك نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي (ت٣٠٦)، وهي ما لو قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، وقد أفتى ابن سريج -رحمه الله- بعدم وقوع الطلاق والحالة هذه . انظر: الفروق للقرافي: (١/ ٧٤)، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: ص(٤٠٧)، وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية (ت٧٢٨)، هذه المسألة في القواعد النورانية وبين إنكار فقهاء الإسلام من جميع الطوائف هذا الكلام انظر تفصيل المسألة وكلام شيخ الإسلام عنها في القواعد النورانية: ص(٢٨٤-٢٨٣) .

(٤) الفروق للقرافي: (٤/ ٤٠) .

(٥) ذلك لأنه متى طلقها الآن وقعَ قبله ثلاثًا، ومتى وقعَ قبله ثلاثًا لم يقع، فيؤدي إثباته إلى نفيه فانتفى ولا يجتمع مع مشروطه أبدًا . انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٦٩) .

(٦) الفروق للقرافي: (٤/ ٤٠)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٨٠) بهامش الفروق .

=

سلامتها عن المعارض، وفي هذا رفع درجة الاحتجاج بالقواعد، وهذا يدل بكل و ضوحٍ علىٰ دليلية القواعد والضوابط الفقهية .

ويؤيد رأيه هذا ما ذكره في الفرق: (٢٢٣): «القسم الثاني: ينقض لفساد المُدْرَك وهو الحكم الذي خالف أحد أربعة أمور: إذا حكم علىٰ خلاف الإجماع ينقض قضاؤه، أو خلاف النص السالم عن العارض، أو القياس الجلي السالم عن المعارض أو قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض»[1] .

٤-ومنها ما ذكره موفق الدين أبو محمد ابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠) -رحمه الله- : «وإن كان المتغير من الواقف يلي الجاري، وغير المتغير لا يليه، ولا يتصل به من أعلىٰ الماء ولا من أسفله، ولا من ناحية من نواحيه، وكل واحدٍ منهما دون القلتين فينبغي أن يكون الكل نجسًا؛ لأن كل ما يلاقي الماءَ النجسَ لا يبلغ القلتين؛ لأنه كالغديرين الذين بينهما ساقية، وإن شكَّ في ذلك فالماء طاهر؛ لأن الأصل الطهارة فلا تزول بالشك. والله أعلم»[2] .

هذه العبارة عن الإمام ابن قدامة توضح لنا أن القواعد الفقهية مما تقوم به الحجة ولذلك ذكرها في موضع الاستدلال والتعليل، وفيها إشارة واضحة إلىٰ القاعدة المعروفة: **اليقين لا يزول بالشك**[3] ومثل هذه العبارة عنه كثيرة جدًا[4] .

٥-ومنها ما ذكره أبو عبد الله المقري المالكي (ت٧٥٨) في قواعده[5]: كل حكمٍ خالف النص أو الإجماع أو كان عن غير دليلٍ أو أخطأ المذهب المقصود، وقيل: أو القواعد أو القياس الجلي فإنه يُفسخُ» .

٦-ويؤكد هذا المعنىٰ ما ذكر الحافظ الإمام ابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥): «وحاصله أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتىٰ يَنُضَّ[6] رأس المال ويعلم به ربُّه لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح،

(١) الفروق للقرافي: (٤/ ٤٠) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١/ ٥٠) .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٥٠)، وابن نجيم: ص(٥٧) .

(٤) انظر مثل هذه العبارة في المغني: (١/ ٥٨، ٢٨٠) .

(٥) انظر: كتاب القواعد للمقري رقم: (١١٤١، و/ ٦١-أ) .

(٦) ينُضَّ: أي يظهر عينه، انظر: معجم مقاييس اللغة ص (٩٦٢).

=

ولا يسقط به حق العامل، وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد و سد الذرائع، ولهذا قلنا: إن المضاربَ إذا ضَارَبَ لآخر من غير علم الأول وكان عليه في ذلك ضرر رُد حقه من الربح في شركة الأول...»[١] .

٧-ويعضد هذا المقصد ما نُقِل عن الإمام أبي عبد الله بن عرفة: (ت٨٠٣) جواز نسبة القول إلى المذهب استنباطًا من القواعد الفقهية، قال الحطاب: سُئل ابن عرفة: هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق هذا مذهب مالك؟ فأجابَ: بأن من له معرفة بقواعد المذهب، ومشهور أقواله والترجيع والقياس يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكره في قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك...»[٢].

هذه العبارة تدل على أن ابن عرفة يرى صحة الحكم استنادًا إلى القاعدة الفقهية . فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناءً على القاعدة جاز الحكم بها[٣].

٨-ويقوى هذا المدعى عند المالكية ما ذكره أبو العباس الونشريسي[٤] (ت٩١٤): «الثاني: حكم الحاكم ينقض في أربعة أشياء: إذا خالف الإجماع، أو القواعد أو القياس الجَلي أو النص الصريح»[٥] .

٩-ويشهد لهذا المعنى ما قال الشاه ولي الله الدهلوي -رحمه الله- (ت١١٧٦): «وهي دلائل واضحة على أن لاجتهاد النبي ﷺ مدخلًا في الحدود الشرعية، وأنها منوطة بالمقاصد، وأن رفع الحرج من الأصول التي بني عليها الشرائع»[٦] .

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب: ص(١٠٦) .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: (١/ ٣٨) .

(٣) كتاب القواعد للمقري: القسم الدراسي: (١/ ١١٨) .

(٤) هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، من علماء المالكية، تلمذ على علماء تلمسان ثم فر منها إلى فاس، من مؤلفاته: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، والمنهج الفائق، والمنهل الرائق في أحكام الوثائق، والمختصر في أحكام البرزلي، وغيرها، توفي بفاس سنة (٩١٤هـ) .

انظر: شجرة النور الزكية: ص(٢٧٥-٢٧٤)، نيل الابتهاج: ص(١٨٧)، والسلوة: (٢/ ١٥٣) .

(٥) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: ص(١٥٠) .

(٦) حجة الله البالغة: (١/ ١٨٣) .

=

ومن العلماء الذين نسب إليهم الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام أبو طاهر إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشير المالكي[١]أيضاً[٢]، ويفهم هذا من كلام السيوطي في الأشباه والنظائر[٣].

هذه نماذج من عبارات الفقهاء التي تدل صراحةً على حجية القواعد الفقهية في استنباط الأحكام.

أدلة هذا القول: يمكن أن يستدل لهذا القول بما يأتي:

أولًا: كلية القواعد والضوابط الفقهية[٤]، وهي تقتضي ـ أن تكون هذه القواعد بمثابة الأدلة التي يستدل بها، في استنباط الأحكام؛ وذلك لأن الكلية تنطبق على جميع جزئياتها التي يتعرف أحكامها منها ولو بالقوة، فهي تعطي القواعد قوة الأدلة في معرفة أحكام هذه الجزئيات وأشباهها ونظائرها فتكون هذه القواعد دليلًا لها وأما الاستثناء وتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلية فإنه لا يقدح في كلية القواعد[٥] كما سبق بيان ذلك في تعريف القواعد[٦].

ثانياً: اتفاقهم على اعتبار هذه القواعد لمعرفة أحكام الجزئيات التي تندرج تحتها وهذا يستلزم أن تكون هذه القواعد أدلة لتلك الجزئيات، فلو لم تكن هي الأدلة على تلك الجزئيات فما فائدة اعتبارها قواعد؟ وتفريع المسائل الفقهية عليها؟ ومن هنا تتعرى القواعد الفقهية من فائدتها الأساسية -وهي فائدة الإلحاق والاستنباط- فلا يكون بينها وبين الفرع المندرج تحتها فرق

---

(١) هو أبو طاهر إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشير التنوخي المالكي، من علماء القرن السادس الهجري، كان إمامًا في أصول الفقه والعربية والحديث، من مؤلفاته: التبنية على مبادئ التوجيه، والتبصرة، والأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة، كان -رحمه الله- يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه: التنبيه، مات قتيلًا ولا يعلم تاريخ وفاته. انظر: الديباج المذهب: ص(٨٧)، وشجرة النورزكية: ص(١٢٦).

(٢) القواعد الفقهية للبا حسين: ص (٢٧٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٦).

(٤) انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٣).

(٥) انظر: الموافقات للشاطبي: (٢/ ٥٢)، والقواعد الفقهية للباحسين: ص(٤٦).

(٦) انظر: ص(٢٥) من الرسالة.

يذكر، وتكون هي عبارة عن الجزئيات والمسائل الفقهية وليس غير .

ثالثًا: إن القواعد الفقهية مبينة على الأدلة الشرعية المعتبرة، وهي مستندة إلى الأصول المقررة شرعًا بالأدلة من الكتاب والسنة كالقياس الفقهي فاعتبارها أدلة للأحكام يعتمد على الأدلة الشرعية نفسها، ومن هنا تكتسب هذه القواعد قوة الدليلية من أدلة الشرع .

رابعًا: خير شاهدٍ على ذلك الوقوع، فقد وقع من الفقهاء قديمًا وحديثًا ما يدل على استنباط أحكام بعض الجزئيات وفق هذه القواعد، وهذا يفضي إلى اعتبارها أدلةً لها، وقد بينتُ شيئًا من ذلك، والأمثلة عليه كثيرة جدًا .

القول الثاني: أن القواعد الفقهية لا تصلح أن تكون دليلًا يستند إليه في استنباط الأحكام الشرعية، إلا إذا كان أصلها مستندًا إلى دليلٍ من كتاب أو سنةٍ أو غيرهما، فيكون الاحتجاج بها نابعًا من الاحتجاج بأصلها وإنما تعتبر هذه القواعد شواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة[1] .

هذا القول ذهب إليه إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت٤٧٨)[2] و تقي الدين ابن دقيق العيد (ت٧٠٢)[3] و نقل عن ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠)[4] و كذلك فهمه بعض الباحثين المعاصرين[5] من عبارات وردت عن بعض الفقهاء في كتبهم.

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٩٤)، والقواعد الفقهية للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان: ص(٥٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو: ص(٣٣)، وموسوعة القواعد الفقهية له: ص(٤٦، ٤٧)، كتاب القواعد للمقري، القسم الدراسي من التحقيق للدكتور أحمد بن عبد الله ابن حميد: (١/ ١١٦)، والقواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٦٥) .

(٢) الغياثي: ص(٤٩٩)، بتحقيق عبد العظيم ديب .

(٣) وقد نقل عنه هذا القول ابن فرحون في الديباج المذهب: ص(٨٧) في ترجمة ابن بشير المالكي وذكر: «وكان –ابن بشير– رحمه الله يستنبط الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه، وهي طريقة نبه الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد أنها غير مخلصة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية» . انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص (٢٣٩).

(٤) و قد نقل عنه الحموي هذا القول في غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: (١/ ١٧)، (١/ ١٣٢) .

(٥) انظر: المصادر السابقة، وقد صرّح به الدكتور الباحسين في القواعد الفقهية له: ص(٢٦٥) .

و يؤكد هذا القول ما جاء في شرح المجلة للعلامة علي حيدر[١]: «فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقلٍ صريحٍ لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدةٍ من هذه القواعد»[٢] .

ويفند هذا الرأي ما جاء في بعض شروح المجلة أيضًا، حيث جعل الشارح هناك التفريق بين المقلد والمجتهد في ذلك، وقصر المنعَ على المقلد غير القادر على إجراء القواعد في مشتملاتها الحقيقية فقال: «أي يتنور بها المقلد، ولا يتخذها مدارًا للفتوى والحكم فلعل بعضًا من حوادث الفتوى خرجت من اطرادها بقيد زائد أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها ...»[٣] .

فمن هذا المنطلق يفهم بعض الباحثين المعاصرين عدم الاحتجاج بالقواعد الفقهية عند بعض الفقهاء[٤] .

أدلة هذا القول:

الذين رفضوا الاحتجاج بالقواعد الفقهية، واتخاذها سندًا للاستنباط والتخريج دفعهم إلى هذا عدة أسباب يمكن إجمالها على النحو التالي[٥]:

أولًا: إن القواعد الفقهية أغلبية، وليست كلية في نظرهم، وإن المستثنيات فيها كثيرة ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد إلحاقه بها مما يشمله الاستثناء[٦] .

يمكن أن يقال في هذا أن الاحتمال هنا غير وارد، إذا لا يمكن إلحاق ما استثني من الفروع

(١) علي حيدر: هو علي حيدر أفندي، مدرس المجلة في كلية الحقوق في الاستانة ورئيس محكمة التمييز، وأمين الفتيا، ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية .

انظر: مقدمة المعرب: (١/ ٤-٣)، والقواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٣٩) .

(٢) دُرَرُ الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/ ١٠) .

(٣) شرح المجلة للأتاسي: (١/ ١٢) .

(٤) وإن كانت هذه العبارات عليها ما عليها من المناقشات لأنها ليست صريحة في منع دليلية القواعد، وقد تركت هذه المناقشات خشية الإطناب .

(٥) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٩٤)، والوجيز في إيضاح القواعد الكلية: ص(٣٢)، والقواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٢) .

(٦)انظر: المصادر السابقة .

بالقواعد ممن له مراس بتطبيق القواعد ومعرفة بشروطها وأركانها ومفهومها[١] .

ثانيًا: إن كثيرًا من القواعد الفقهية استقرائية، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس؛ لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة، لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفس وتكوين الظن الذي بمثله تثبت الأحكام، والقسم الآخر منها مخرج بعمل اجتهادي محتمل للخطأ، فتعميم حكمها فيه نوع من المجازفة[٢] .

ولقائل أن يقولَ بمنع هذا الاعتراض، لأن القواعد الفقهية لا تنبني على مجرد الاستقراء وإنما هي مبنية على أدلة الشرع، ولو سلم جدلًا أنها استقرائيةٌ، فلو تم الاستقراء، وثَبتَ الحكم عن طريقه فإنه يكون حجة -ولو كان الاستقراء ناقصًا- لدى القائلين به[٣]؛ لأنه يفيد الظن، والعمل بالظن لازم عند الفقهاء[٤] .

ثالثًا: إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة، و جامع ورابط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلًا لاستنباط أحكام هذه الفروع[٥] .

ويمكن أن يناقش هذا بالمنع أيضًا، بأنها ليست ثمرة للفروع المختلفة بل هي كلية تنطبق على تلك الفروع، ومن هنا تتعرف أحكامها وتستند إليها، وهي أدلة لها في الحكم، والله أعلم .

بعد هذا التقرير المفصل في المسألة يمكن أن نستنتج ما يأتي وهو القول **الذي يظهر لي** من خلال دراسة هذه المسألة:

أولاً: إن دليلية القواعد الفقهية لا تأتي على درجة واحدةٍ، وإنما تأتي على درجات مختلفةٍ؛ لأن القواعد الفقهية تختلف من حيث أصولها ومصادرها أولًا ثم من حيث وجود الدليل على حكم المسألة المبحوث عنها ثانيًا .

---

(١) انظر النقاش حول هذا في القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٣) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٢) .

(٣) انظر: الإبهاج: (٣/ ١٧٤)، والبحر المحيط: (٦/ ١٠)، وشرح الكوكب المنير: (٤/ ٤٢٠)، ونهاية الوصول: (٨/ ٤٠٥٠) .

(٤) انظر تفصيل الكلام والمناقشة في القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٥) .

(٥) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٩٤)، وللباحسين: ص(٢٧٢) .

ثانيًا: إن القواعد الفقهية التي هي نصوص شرعية أو مبناها على نصوص شرعية واضحة، سواء كانت صياغتها واحدةً أو مع تغيير في الصياغة غير مؤثر في المعنى تعتبر حجةً ودليلًا تستنبط منه الأحكام الشرعية أو يرجح بعضها على بعض، شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها عامةً كانت أو خاصة[1] .

ثالثًا: إن القواعد الفقهية المخرجة والمستنبطة بطريق النظر والاجتهاد خاضعة للأمرين هما:

أ-المصدر والدليل الذي استنبطت القواعد عن طريقه .

ب-اتفاق الفقهاء واختلافهم في اعتبار القواعد المستنبطة، وعلى هذا يختلف الحكم فيها، وتأتي قوة القاعدة وفق قوة مصدرها ودليلها، وبيان هذا على النحو التالي :

أ-إن كانت القواعد المستنبطة من النصوص الشرعية أو الأدلة التي اتفق عليه الفقهاء فتكون هي من الأدلة المتفق عليها، وتكون حجة ودليلًا صالحًا للاستنباط، ويجوز الاحتكام إليها، والاستدلال بها؛ وذلك لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحة القاعدة، وبصحة ردها إلى النص الشرعي أو الدليل الشرعي وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالنص[2] .

ب-وإن كانت القواعد المستنبطة مما اختلف فيه الفقهاء فتكون القواعد حينئذ من الأدلة المختلف فيها، وهي تكون حجة صالحة للترجيح وتفريع الأحكام عليها عند من استنبطها، واعتبر بصحتها، لأنها مردودة إلى النص عنده، وحجيتها راجعة إلى حجية النص، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يُصَحُّ الاستنباط ولم يقعدها وعلى هذا لا تكون حجة ولا دليلًا تستنبط منه الأحكام الشرعية .

وقد تكون القواعد المستنبطة من الأدلة المختلف فيها أدلةً متفقًا عليها إذا وافق المستدل والمعارض في اعتبارها والاستدلال بها وإن كانت من القواعد التي اختلف فيها الفقهاء .

ج-إن القواعد الاستقرائية أو المستنبطة عن طريق الاستقراء تكون حجة في الترجيح

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحسين: ص(٢٧٨)، والقواعد الفقهية للدكتور علي الندوي: ص(٢٩٤) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٩) .

والتخريج والا ستنباط وتفريع الجزئيات وذلك لأن الا ستقراء سواء كان تامًا أو ناقصًا[1] فإنه مفيد للظن، وهو كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية[2] .

وأما إذا قام دليل على إخراج بعض جزئياتها فإنه يعمل بما يستدعيه الدليل في تلك الجزئيات، وبقيت القاعدة على حالها فيما عدا ذلك[3] .

رابعاً: إن حجية القواعد المستنبطة بطرق الاجتهاد المعتبرة خاضعة لنوعية الأدلة المستنبط منها، واتفاقهم واختلافهم في اعتبارها، وهي تختلف قوةً وضعفًا، تبعًا للاتفاق والاختلاف في اعتبار طرق الاستنباط وعدم اعتبارها .

خامسًا: إن اتفاق الفقهاء واختلافهم في القواعد المستنبطة لا يؤثر على حجية القواعد على من استنبطها أو خرَّجَها أو اعتبرها لصحة الأدلة المستنبط منها لديه، وهي تكون حجة عنده بلا إشكال، ووجود الاختلاف يضيق دائرة من يعمل بها ليس غير، ولكنها تظل حجةً تتفرع عليها الأحكام عند من خَرَّجها، فيكون شأنها شأن الأدلة المختلف فيها، هذا، والله أعلم بالصواب .



(١) انظر: تحرير القواعد المنطقية: ص(١٦٥) .

(٢) انظر: الإبهاج: (٣/ ١٧٣)، وشرح الكوكب المنير: (٢/ ٤٢، ٤/ ٤١٩) .

(٣) انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٢٧٩) .

المطلب السادس: ذكر أهم الدراسات المعاصرة(١)

ظلت القواعد الفقهية منذ بدايتها باعتبارها فنًا مستقلًا مرهونةً في أسفارها المتقدمة وطياتها وشروحها، وهي تتراوحُ ما بين شرح، وتعليق وتطبيق يسير، وهي لم تحظ -مع ما لها من الأهمية البالغة والفوائد الجليلة- باهتمام بالغٍ، وعناية فائقة من حيث دراستها الموضوعية، والتاريخية والتطبيقية مع مقارنتها بين المذاهب الفقهية من قبل مؤلفيها القدماء. حتى تطاول الأمد، واشتدت الحاجة إلى جمعها، ولم شتاتها و صياغتها بأساليب رصينة وتصقيلها بعبارات جامعة موجزة لظهور مسائل مستمدة وفروع فقهية متناثرة حتى وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني(٢) في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد(٣).

وانطلاقًا من تلك الجهود النيرة قد حظيت القواعد الفقهية -كعلم مستقل باهتمام باهر، وتطور زاهر من قبل الباحثين والدارسين الفضلاء المعاصرين واحتلت مكانة مرموقة من حيث دراستها في شتى جوانبها ومختلف مجالاتها، فقام الباحثون المعاصرون بدراستها من عدة مجالاتها، ويمكن حصر تلك الدراسات في المجالات الآتية:

أولًا: تحقيق ودراسة طائفة من الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية والأشباه والنظائر .

ثانيًا: استخراج القواعد الفقهية من أمهات الكتب الفقهية، وجمع عدد كبير من القواعد والضوابط الفقهية التي كانت مبعثرة ومتناثرة في طيات الكتب الفقهية المؤلفة قديمًا .

ثالثًا: جمع وترتيب القواعد الفقهية ملائمة للدراسات الحديثة .

رابعًا: تخصيص قواعد معينة بالدراسة .

---

(١) هذا المطلب مما درسه الفضلاء المعاصرون، وقد قمت باختصار ما ذكروه وإضافة ما لم يذكروا، انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٤٠٣) وما بعدها .

(٢) هو السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني، ولد في (١٤) شعبان، سنة (١٢٤٥)هـ . انظر: تاريخ الدولة العثمانية لمحمد فريدبك المحامي: ص(٥٣٠) .

(٣) سنة (١٢٩٢)هـ عندما أصدرت الحكومة العثمانية هذه الموسوعة الفقهية القانونية .

خامسًا: دراسة علم القواعد الفقهية دراسة نظرية وتاريخية .

سادسًا: دراسة القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بباب أو كتاب أو موضوعٍ دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية مع التطبيق عليها .

سابعًا: محاولات وضع قواعد أو ضوابط في موضوعات معينة وصياغتها بأساليب موجزة .

هذه عدة مجالات التي قام المعاصرون بدراسة القواعد فيها، وأذكر هنا أهم الدراسات المعاصرة في هذه المجالات:

أولاً: تحقيق ودراسة طائفة من الكتب المؤلفة فيها:

١- الأشباه والنظائر لابن السبكي (ت:٧٧١)، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض[١] .

٢- الأشباه والنظائر لابن الوكيل (ت:٧١٦)، تحقيق د. أحمد محمد العنقري، ود. عادل عبد الله الشويخ[٢] .

٣- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت:٩١٤)، تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي[٣] .

٤- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لأحمد بن علي المنجور (ت:٩٩٥)، تحقيق الشيخ محمد بن الشيخ محمد الأمين[٤] .

٥- القواعد الصغرى لابن عبد السلام (ت:٦٦٠)، تحقيق الدكتور جلال الدين عبد الرحمن[٥].

٦- القواعد لتقي الدين الحصني (ت:٨٢٩)، تحقيق د. عبدالرحمن الشعلان، ود. جبريل

(١) مطبوع بطباعة دار الكتب العلمية في بيروت سنة (١٤١١)هـ .

(٢) نشرته مكتبة الرشد بالرياض، سنة (١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م) في مجلدين .

(٣) طَبَعتْه اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية، وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة بالرباض سنة (١٤٠٠) الموافق (١٩٨٠)م، وله تحقيق آخر للصادق بن عبد الرحمن الغرياني وقد نشرته كلية الدعوة الإسلامية في طرابلس بليبيا سنة (١٩٩١)م .

(٤) نشرته دار عبد الله الشنقيطي .

(٥) طبعته مطبعة السعادة بمصر سنة (١٤٠٩)م .

البصيلي[١] .

٧- القواعد والفوائد في الفقه والأصـول والعربية لأبي عبد الله محمد بن مكي العاملي الشـيعي الإمامي (ت:٧٨٦)، تحقيق الدكتور عبد الهادي الحكيم[٢] .

٨- كتاب القواعد للمقري المالكي (ت٧٥٨:)، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد[٣] .

٩- المجموع المذهب في قواعد المذهب لأبي سـعيد خليل بن كيكلدي العلائي (ت:٧٦١)، تحقيق الدكتور محمد بن عبد الغفار الشريف[٤] .

١٠- مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة (ت٨٣٤:)، تحقيق الدكتور مصطفى محمود البنجويني[٥] .

١١- المنثور في القواعد لبدر الدين الزركشي (ت:٧٩٤)، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود[٦] .

ثانياً: استخلاص القواعد الفقهية من أمهات الكتب الفقهية:

١- القواعد الخمس الكبرى وما يتعلق بها في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (ت:٧٢٨)، للدكتور إسماعيل بن حسن بن محمد بن حسن علوان[٧] .

٢- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (ت:٤٢٢) وقد قام بذلك الدكتور محمد الروكي[٨] .

٣- القواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني لابن قدامة المقدسي

---

(١) نشرته مكتبة الرشد بالرياض في (٤) مجلدات سنة (١٤١٨)هـ .

(٢) نشرته جمعية منتدى النشر في النجف في العراق سنة (١٣٩٩)هـ/ (١٩٧٩)م .

(٣) نشر مركز إحياء التراث بجامعة أم القرى، سنة (١٤٠٤-١٤٠٣هـ) في جزأين والكتاب غير كامل .

(٤) نشرته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت في جزأين، وهو غير كامل، واكتمل تحقيق الكتاب بكامله في عدة رسائل جامعية في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

(٥) طبعته الجمهور في الموصل سنة (١٩٨٤)م .

(٦) طبعته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت سنة (١٤٠٢)هـ في ثلاثة أجزاء .

(٧) هي رسالة الدكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة عام ١٤١٨-١٤١٩هـ .

(٨) نشرته دار القلم، دمشق سنة ١٤١٩-١٩٩٨م .

=

(ت:٦٢٠) للدكتور عبد الله العيسى[1] .

٤- القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية (ت:٧٢٨) في كتابي الطهارة والصلاة، للدكتور ناصر بن عبد الله الميمان[2] .

٥- القواعد والضوابط المستخلصَة من التحرير للإمام جمال الدين الحصيري (ت:٦٣٦)هـ، للدكتور علي أحمد الندوي الهندي[3] .

ثالثاً: جمع وترتيب القواعد الفقهية:

١-موسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو[4] .

٢-موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي للدكتور علي أحمد الندوي[5] .

٣-جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية للدكتور علي أحمد الندوي[6] .

رابعاً: تخصيص قواعد معينة بالدراسة:

١-المشقة تجلب التيسير: دراسة نظرية وتطبيقية للدكتور صالح بن سليمان بن محمد اليوسف[7].

٢-قاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور جمعة محمد السيد مكي[8] .

٣-التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور عام سعيد الزيباري[9] .

٤-القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله للشيخ محمود مصطفى عبود عرموش[10] .

---

(١) وهي رسالة جامعية لمرحلة الدكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة (١٤٠٩)هـ .

(٢) هي رسالة الماجستير في جامعة أم القرى، طبعها مركز بحوث الدراسات الإسلامية بالجامعة سنة ١٤١٦/ ١٩٩٧م .

(٣) وهي رسالة الدكتوراه في جامعة أم القرى، طبعته مطبعة المدني بمصر سنة (١٤١١)هـ .

(٤) نشرته مكتبة التوبة بالرياض في (١٣) مجلدًا من سنة (١٤١٦)هـ .

(٥) دار عالم المعرفة نشرته سنة ١٤١٩/ ١٩٩٩م في (٣) مجلدات .

(٦) نشرته شركة الراجحي المصرفية للاستثمار سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

(٧) هي رسالة الماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ثم طبعت بالرياض سنة (١٤٠٨)هـ .

(٨) هي رسالة الدكتوراه لكلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر .

(٩) طبعته دار ابن حزم في بيروت سنة (١٤١٥)هـ، والمؤلف أستاذ في جامعة الإمارات العربية المتحدة .

(١٠) رسالة الماجستير بكلية الشريعة، من جامعة الإمام ثم طبعت سنة (١٤٠٦)هـ في بيروت .

=

٥-قاعدة اليقين لا يزول بالشك: دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين[1] .

خامساً: دراسة علم القواعد الفقهية: دراسة نظرية وتاريخية:

١-القواعد الفقهية نشأتها-تطورها-رداسة مؤلفاتها، أدلتها مهمتها-تطبيقاتها للدكتور علي أحمد الندوي[2] .

٢-القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة للدكتور محي الدين هلال السرحان[3].

٣-القواعد الفقهية -المبادئ-المقومات-المصادر الدليلية-التطور-دراسة نظرية-تحليلية تأصيلية تاريخية للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين[4] .

٤-القواعد الفقهية الكبرى وما تفرعها عنها: للدكتور صالح بن غانم السدلان[5] .

٥-النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبي سليمان[6] .

٦-القواعد الفقهية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي[7] .

٧-أهمية القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان[8] .

٨-القواعد الفقهية وتاريخ تقعيدها للدكتور محمد الشريف الرحموني[9] .

٩-القواعدة الفقهية -تاريخها وأثرها في الفقه للأستاذ الدكتور محمد حمود الوائلي[10] .

---

(١) طبعت سنة (١٤١٦)هـ بالرياض .

(٢) رسالة الماجستير من جامعة أم القرى، نشرته دار القلم سنة (١٤٠٦)هـ .

(٣) طبعته مطبعة أركان في بغداد سنة (١٩٨٧)م .

(٤) طبعته مكتبة الرشد بالرياض سنة (١٤١٨)هـ .

(٥) طبعته دار بلنسية بالرياض سنة (١٤١٧)هـ .

(٦) نشرته مجلة جامعة الملك عبد العزيز سنة (١٣٩٨)، انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٤٢٢) .

(٧) نشرته مجلة البحث العلمي بجامعة أم القرى سنة (١٤٠٢)هـ .

(٨) نشرته مجلة الدراسات الدبلوماسية في العدد الحادي عشر سنة (١٤١٥)هـ .

(٩) نشرته مجلة جوهر الإسلام سنة (١٩٧٨)، انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص(٤٢٣) .

(١٠) نشرته مطابع الرحاب بالمدينة المنورة سنة (١٤٠٧)هـ .

=

١٠-القواعد الكلية للدكتور أحمد الحجي الكردي[١] .

١١-القواعد الفقهية للفقه الإسلامي -نشأتها-رجالها-آثارها: للدكتور أحمد محمد الحصري[٢].

١٢-القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان[٣] .

١٣-الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو[٤] .

سادساً: دراسة القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بباب أو كتاب أو موضوع ونحوها:

١-القواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية للدكتور سليمان بن سليم الله الرحيلي[٥].

٢-قواعد وضوابط التيسير في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الرحمن بن صالح بن إبراهيم العبد اللطيف[٦] .

٣-القواعد الفقهية المتعلقة بالعقود للدكتور إبراهيم جالو[٧] .

٤-القواعد الفقهية المتعلقة بالحدود والقصاص وآثارها: دراسة مقارنة لمحمد سيف الله أحمد كريم[٨] .

٥-القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور حمد جابر الكويتي[٩] .

٦-القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد المجيد عبد الله دية[١٠].

المبحث الثاني: فيما يتعلق بالملكية:

وفيه خمسة مطالب:

❖ **المطلب الأول:** التعريف بالملكية لغةً واصطلاحاً

❖ **المطلب الثاني:** أركان الملكية وأقسامها عند العلماء .

❖ **المطلب الثالث:** أسباب الملكية.

❖ **المطلب الرابع:** [illegible] الملكية شرعاً وخصائصها

❖ **المطلب الخامس:** الفرق بين الملكية والإباحة والاختصاص .

---

(١) انظر: القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي للعجلان: ص(٣٢) .

(٢) طبعته مكتبة الكليات الأزهرية سنة (١٤١٣)هـ .

(٣) طبعته دار طيبة بالرياض سنة (١٤١٦)هـ .

(٤) نشرته مؤسسة الرسالة سنة (١٤٠٤)هـ .

(٥) رسالة الدكتوراه من الجامعة الإسلامية عام (١٤١٥)هـ .

(٦) رسالة الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة عام (١٤١٥)هـ ثم نشرته عمادة البحث العلمي عام (١٤٢٣)هـ بالجامعة .

(٧) رسالة الدكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

(٨) رسالة الماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة (١٤٢٠-١٤١٩)هـ .

(٩) رسالة الدكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة (١٤٢٤)هـ .

(١٠) رسالة مطبوعة طبعتها دار النفائس للنشر والتوزيع بالأردن، عام ١٤٢٥هـ، الطبعة الأولى .

المطلب الأول: التعريف بالملكية لغةً واصطلاحاً

أولًا: المِلكية لغةً:

المِلكية -بكسر الميم فسكون-: مصدر صناعي صيغَ من المادة منسوبًا إلى المِلك، وقد عبَّرَ بها الفقهاء حديثًا عن الملك، كما عبَّر الفقهاء قديمًا عنها بلفظ الملك، وهي تدل على الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الأشياء(١) .

والملكية: الملك أو التمليك يقال: بيدي عقد ملكية هذه الأرض(٢)، والمِلك -مثلثة الميم- من مَلَكه، يَمْلِكُه مُلْكاً -مثلثة أو ملكة- محركة أو مملكة -بضم اللام أو يثلث: احتواه قادرًا على الاستبداد به(٣) .

وعلى هذا كلمة الملك تدل على احتواء الشيء، والقدرة على الاستبداد به، والتصرف بانفراد(٤) .

والملك اسم مصدر يدل على ما يحويه الإنسان من ماله(٥) .

وقد ورد الملكُ في معاجم اللغة مثلثًا، ولكن شاع استعماله مكسور الميم، ومفتوحها في ملك الأشياء، وشاعَ استعماله مضموم الميم في الولاية العامة أي: السلطة العامة للسطان، وقيل: الملك بالكسر والفتح مصدر يدل على احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، المُلك -بالضم- اسمٌ يدل على شيء يملكه الإنسان(٦) .

ومنه التملك، يقال: تملَّكَ الشيء، يتملكه -يدل على الملك قهراً(٧) ومنه التمليك، والإملاك،

---

(١) انظر: معجم متن اللغة: (٥/ ٣٤٧)، جمهرة اللغة لابن دريد: (٢/ ١٧٠) و الصحاح للجوهري: (٤/ ١٦٠٩) .

(٢) انظر: المعجم الوسيط: (٢/ ٨٨٦) .

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(١٢٣٢)، والصحاح: (٤/ ١٦٠٩)، ولسان العرب: (١٠/ ٤٩٢)، والمصباح المنير: (٢/ ٢٧٩)، ومعجم متن اللغة للشيخ أحمد رضا: (٥/ ٣٤٧)، وتاج العروس للزبيدي: (٣/ ١٨٠) .

(٤) انظر: المراجع السابقة .

(٥) انظر: جمهرة اللغة لابن دريد: (٢/ ١٧٠) .

(٦) أساس البلاغة: ص(٩١٤)، والقاموس المحيط: ص(١٢٣٢) .

(٧) الصحاح للجوهري: (٤/ ١٦٠٩)، ومعجم متن اللغة: (٥/ ٣٤٧)، وتاج العروس للزبيدي: (٣/ ١٨٠)، والمعجم الوسيط: (٢/ ٨٨٦) .

=

يقال: مَلَّكه الشيءَ تمليكاً أو أمْلَكَه أي صَيَّره ملكاً أو جعله ملكاً له(١) والإملاك: التزويج، يقال: أملكنا فلاناً المرأة إذا زوجناه إيّاها(٢) .

ثانياً: تعريف الملكية اصطلاحاً:

إن الباحث في كتب الفقه يجد أن الفقهاء قد عرفوا الملك بتعريفات كثيرة مختلفة في ثنايا الكتب الفقهية، والباعث على هذا الاختلاف هو أن الملك قد أ شكل ضبطه على كثير من الفقهاء(٣)، وأ شار بعض الفقهاء إلى أنه يعسر حد الملك، ويتعذر إدراكه(٤) ولكن كثيراً منهم قد قاموا بتعريفه،

وفيما يلي أذكر شيئًا من تعاريفه :

أ- تعريف الملك لدى الفقهاء المتقدمين:

١-عرفّه أبو المظفر أسعد بن محمد النيسابوري الكرابيسي(٥) بأنه: تسليطٌ على جميع أنواع التصرف(٦).

٢-عرفه الكمال ابن الهمام: بقوله: الملك هو قدرة يثبتها الشارعُ ابتداءً على التصرف إلا لمانعٍ(٧) .

٣-عرفه أبو العباس المالكي بقوله: «الملك حكم شرعي مقدر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك»(٨).

٤-عرّفه محمد بن عرفة(٩) بقوله: «الملك: استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائزٍ فعلًا أو حكمًا لا

---

(١) انظر: القاموس المحيط: ص(١٢٣٢)، والصحاح: (٤/ ١٦٠٩) .

(٢) الصحاح: (٤/ ١٦٠٩) .

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٢٠٨) .

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع التونسي: ص(٣٥٣، ٤٦٦) .

(٥) الكرابيسي: هو جمال الإ سلام أبو المظفر أ سعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي الحنفي، له كتاب في الفروق، توفي سنة (٥٧٠)هـ .

انظر: الجواهر المضية: ص(٣١٤)، والفوائد البهية: ص(٤٥)، وكشف الظنون: (٢/ ١٢٥٧، ١٨٩٨) .

(٦) الفروق للكرابيسي: (٢/ ٢١١) .

(٧) فتح القدير لابن الهمام: (٥/ ٧٤)، وكذلك انظر: غمز عيون البصائر: (٢/ ٢٠٢) .

(٨) الفروق للقرافي: (٣/ ٢٠٩) .

(٩) هو محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله التونسي، الدرغمي، الإمام الأصولي المالكي، توفي سنة (٨٠٣)هـ .

انظر: الديباج: ص(٣٤٠-٣٣٧)، والفكر السامي: (٢/ ٢٥٠-٢٤٩)، وشذرات الذهب: (٧/ ٣٨) .

بنيابة»[١] .

٥-ذكر القاضي حسين بن محمد المروزي[٢] عددًا من التعريفات للملك[٣] منها:

الملك اختصاص يقتضي إطلاق الانتفاع والتصرف .

٦-عرّفه أبو شجاع المعروف بابن الدهان[٤] بأنه: «اختصاص شرعي بعين منتفع بها»[٥] .

٧-عرّفه أبو العباس ابن تيمية، بقوله: هو «القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة»[٦] .

هذه بعض تعريفات الفقهاء -رحمهم الله-[٧] ، ويتبين لنا من خلال هذه التعريفات أن فقهاء الشريعة قد اختلفت أنظارهم في بيان المعنى الاصطلاحي للملك أو الملكية، فمنهم من نظر إليه باعتبار حقيقة شرعية أو حكمًا أقره الشارع ورتب عليه آثارًا ونتائج ملازمة.

---

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ص(٤٦٦) .

(٢) هو القاضي أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد المروزي الشافعي المعروف بالقاضي عند الشافعية، صاحب الوجوه في المذهب الشافعي، توفي سنة (٤٦٢)هـ .

انظر: طبقات الشافعية الكبرى: (٤/ ٣٥٦)، والفكر السامي: (٢/ ٣٢٨)، وتهذيب الأسماء واللغات: (١/ ١٦٤) .

(٣) وكذلك عرفها بتعريفات أخرى منها: الملك نسبة شرعية مقتضية لإطلاق الانتفاع بحسب المحل . و منها: الملك اختصاص مسلط له على الاستبدال .و منها: الملك يطلق ويراد به: اختصاص منتفع بمنتفع به، مثل ملك العروض ويطلق ويراد: اختصاص حجز ومنعٍ مثل ملك جلود الميتات، وملك السرقين[٣] . و منها: الملك قد يفسر بأمرٍ مؤثر يمكنه (أي يمكن صاحبه) الانتفاع والتصرف في المال بحسبه، وقد يفسر مكنة الانتفاع والتصرف في المال بحسب المحل لائقًا به .

طريقة الخلاف للقاضي حسين: ص(١٣٢، ١٣٤، ١٥٠، ١٩١) نقلًا عن الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٥٥) .

(٤) ابن الدهان: هو أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب المعروف بابن الدهان، من فقهاء الشافعية، من مؤلفاته غريب الحديث، وتقويم النظر في الفقه بين الشافعية والحنفية .

انظر: وفيات الأعيان: (٤/ ١٠٦-١٠٥) .

(٥) تقويم النظر: ص(١١١) .

(٦) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: (٣/ ٣٤٨-٣٤٧)، والقواعد النورانية: ص(٢١٨)، ومجموع الفتاوى: (٢٩/ ١٧٨) .

(٧)انظر: التعريفات الأخرى للملك في شرح الو قا ية (٢/ ١٩٦) و غمز عيون البصائر (٢/ ٢٠٢) و دستور العلماء (٣/ ٣٢٣) و التعريفات للجرجاني: ص (٢٠٤) و حاشية ابن الشاط على الفروق (٣/ ٣٠٩) و التلويح (٢/ ٩٨) و شفاء الغليل ص(٥٨٢) و الأشباه و النظائر لابن السبكي (١/ ٢٣٢) و المنثور في القواعد (٣/ ٢٢٣) .

=

ومنهم من نظر إليه على أســاس ذكر موضــوعه وثمرته وآثاره، ومنهم من نظر إليه باعتبار أنه علاقة بين المالك والمملوك فهذه ثلاث نظريات لدى الفقهاء -رحمهم الله- في تعريف الملكية .

النظرية الأولى[1]: تعريف الفقهاء للملك على أسـاس أنه حقيقة شرعيةٌ جعلوه حكمًا شرعيًا، أو إباحة شرعية، أو أمرًا معنويًا أو أمرًا مؤثرًا أو حالة شرعية، وأســاس ذلك هو ما قرره الفقهاء من أن الحقوق كلها، -ومنها: حق الملكية- حقوق شرعية أثبتها الشــارعُ لأصــحابها، ورتب عليها الآثار والأحكام الشرعية .

١-وبناءً على هذه النظرية فإن الملك لا يكون له وجود إلا إذا أقر الشــارعُ وجودَه، ولا يترتب عليه من الآثار حينئذٍ إلا ما رتَّبه الشارع عليه .

٢-وعلى هذا فإن الملكية ليسـت صـفةً ناشـئة عن طبيعة الأشـياء وذواتها، ولا عن اصـطلاح الناس وعرفهم ، بل هي ناشـئة عن إذن الشــارع، فالشــارع في الحقيقة هو الذي أعطى الإنســان الملكَ بترتبيه على السبب الشرعي .

النظرية الثانية[2]: تعريفهم للملك على أساس ذكر موضوعه[3] وثمرته:

الذين عرّفوا الملك على أساس ذكر موضوعه وثمرته جعلوه القدرة على التـصرفات أو التسليط على جميع أنواع التصرفات أو مكنة الانتفاع والتصرف في المال .

وبناءً على هذا فإنهم لم يتعر ضوا في تعاريفهم إلى بيان حقيقة الملك ومعناه، بل عرفوه بمو ضوعه وثمرته، إذ القدرة على التصرف والتمكن من الانتفاع موضوع الملك وأثره المترتب عليه .

---

(١) أ صحاب هذه النظرية، هم القرافي، وابن الـ سبكي، والقاضي حـ سين والزركـــشي وأبو المكارم الحنفي، وقد سبقت تعاريفهم للملك .

(٢) أصحاب هذه النظرية هم الكرابيسي، وابن الهمام، وشيح الإسلام ابن تيمية، وابن نجيم، والأحمد نكري والزركـــشي وابن الشاط، والفناري وغيرهم، وقد سبقت تعاريفهم آنفا .

(٣) المقصود بالمو ضوع هنا: الغاية النوعية، أو المقصد الأصلي الذي شرع من أجله الأمر، فمو ضوع عقد البيع، مثلاً: نقل ملكية المبيع إلى المشــتري بعوضٍ، وموضــوع عقد الزواج: حل الاســتمتاع، وموضــع الملك: القدرة أو التمكن من التصرف والموضوع بهذا المعنى يتحد مع ما يسميه الفقهاء حكم العقد أو حكم الملك أي الأثر الذي يترتب عليه ويجب منه . انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٦٧) .

=

النظرية الثالثة[١]: تعريفهم للملك على أساس أنه علاقة بين المالك والمملوك:

الذين عرفوا الملك على أساس أنه علاقة بين الإنسان والمال جعلوه اختصاصاً شرعياً يقتضي إطلاق الانتفاع والتصرف، أو اختصاصًا حاجزًا أو اتصالًا شرعيًا بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقًا للتصرف فيه .

وبناءً على هذا فإن الملك في حكم الاستيلاء؛ لأنه به يثبت لا غير، إذ المملوك لا يملك، والمكسور لا ينكسر؛ لأن اجتماع الملكين في محل واحدٍ محال، فلا بد وأن يكون المحل الذي يثبت الملك فيه خاليًا عن الملك، والخالي عن الملك هو المباح، والمثبت للملك في المال المباح هو الاستيلاء لا غير؛ لأن المباحَ لما استوى في التصرف فيه جميع الناس، وتعذر على كل واحدٍ منهم إقامة المصالح به، والانتفاع منه لوقوعه في محل التنازع شرعَ الشرع الاستيلاء عليه مثبتًا لزيادة معنى الاختصاص عن الذي كان لذلك قبل الاستيلاء حتى إن من استولى على مالٍ مباحٍ اختص به من بين سائر الناس اختصاصًا حجز غيره عن ذلك، فسمى ذلك الاختصاص ملكًا، ويسمى المستولي مالكًا، والمستولى عليه مملوكًا، فكان هذا طريق الملك في جميع أموال الدنيا .

والملك وإن كانت حقيقته أنه اختصاص، لكنه اختصاص مقيد فهو ليس كل اختصاص عند أصحاب هذه النظرية، إنما الاختصاص الذي يثبت من أجل الانتفاع أو التصرف بالأشياء حسب طبيعتها فحيثما وجد هذا الاختصاص وجد الملك، وإذا وجد الاختصاص ولم يكن بهذه الصفة كان أمام حقٍ وليس أمام ملك، فكل ملك حق وليس كل حق ملك، لأن الملك عند الفقهاء حق من الحقوق وليس هو كل حقٍ[٢] .

وقد أخذ على هذا التعريف الأستاذ الشيخ علي الخفيف فقال: إنه لا يتناول الملك غير اللازم كالملك الثابت بالإعارة، فإنه ملك لا يتحقق فيه الاختصاص الحاجز، إذ لا يستطيع المستعير منع المعير من أن يتدخل بانتفاع أو بإنهاء، وعلى ذلك لا يعد المستعير مالكًا للمنفعةِ الثابتة له بقصد

---

(١) أصحاب هذه النظرية هم: القاضي حسين في بعض تعاريفه، وصدر الشريعة الحنفي، ومحمد بن عرفة المالكي، وابن الدهان والقابسي وغيرهم، قد سبقت تعريفاتهم قريبًا .

(٢) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ص(٤٠٩)، والملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٧٢) .

=

العارية، في حين أن كثيرًا من الفقهاء يعدون المستعير مالكًا، ويعدون عقد العارية سببًا لتملك المنفعةِ وليس ببعيد أن من ذهب من الفقهاء[1] إلى أن عقد العارية لا يعتبر ملكًا، وإنما يعتبر إباحة ... قد لاحظ هذا المعنى[2] .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن الاختصـــاص قائم ما دامت العارية قائمة في مواجهة غير المعير، وكذلك الحال في الهبة، فكثير من الفقهاء أجازَ الرجوعَ في الهبة على خلافٍ بينهم، وليس في هذا مساس بتملك الموهوب له للعين الموهوبة، واختصاصه بها في مواجهة الكافة[3] .

ومما يلاحظ على هذه التعريفات أنها لا تبين ما يقيد الملكية عن غيرها وأنها لا تميز بين الحق والملك، كما أنها لا تفرق بين الاختصاص والملك وأن هذه التعريفات تحتاج إلى قيود فقهية التي تميز ماهية الملك وتقيد الاختصاص الذي هو حقيقة الملك .

ب- تعريف الملكية عند الفقهاء المعاصرين:

عرف الفقهاء المحدثون الملك أو الملكية بعدة تعريفاتٍ أذكر هنا شيئًا منها:

١-عرفه الشيخ أحمد أبو الفتح بأنه: ارتباط شرعي بين الإنسان والـــشيء المملوك يجعله قادرًا على التصرف فيه بوجه الاختصاص[4] .

٢-عرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: اختصاص يمكن صاحبه شرعًا من أن يستبد بالتـصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي[5] .

٣-عرفه الشيخ الإمام أبو زهرة بأن الملك هو: الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعًا الذي

---

(١) ذهب إلى هذا القول الكرخي من الحنفية .

(٢) انظر: الملكية للأستاذ على الخفيف: (١/ ١٨) .

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٦) .

(٤) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية: (١/ ٣٣) .

(٥) مختصر أحكام المعاملات الشرعية: ص(٩) .

وله تعريف آخر على أسـاس الملك عبارة عن حيازة، فقال: «حيازة الشيء يمكن من الاسـتبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع من ذلك» .

=

به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداءً إلا لمانعٍ يتعلق بأهلية الشخص[١] .

٥-عرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه: اختصاص حاجز شرعًا يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع[٢].

٥-عرفه الشيخ محمد مصطفى شلبي بأنه: بأنه اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي[٣] .

٦-عرفه الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، بأنه: اختصاص الإنسان بالشيء على وجه يمنع الغير عنه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانعٍ شرعي يمنع ذلك[٤] .

٧-عرفه الأستاذ محمد سلام مدكور بقوله: الملكية هي علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصًا فيه اختصاصًا يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعًا، وفي الحدود التي بينها الشرع[٥] .

هذه التعريفات كلها جاءت على أن الملك علاقة بين الإنسان، والشيء المملوك، وعبروا عن تلك العلاقة هنا في تعاريفهم بالاختصاص وقد عرف بعضهم بأن الملك عبارة عن حيازة .

ومما سبق من تعريفاتٍ للملكية يمكن لنا أن نستخلص ما يأتي:

١-إنه اختصاص أو علاقة يختص الإنسان فيها بشيء .

٢-إن موضوع هذا الاختصاص: القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشيء، وأن هذا الاختصاص لا بد أن يقيد بما لا يمنع التصرف فيه .

٣-إن هذا الانتفاع والتصرف قد يمنع منهما مانع .

٤-إن هذا الانتفاع والتصرف قد يتم أصالة أو وكالةً .

وعلى هذا فإن تعريف الملكية المختار هو: اختصاص إنسان بشيء يخوله شرعًا الانتفاع والتصرف

---

(١) الملكية ونظرية العقد: ص(٦٤) .

(٢) المدخل الفقهي العام: (١/ ٢٢٠) .

(٣) المدخل للشيخ محمد مصطفى شلبي: ص(٢٤٤) .

(٤) المدخل للفقه الإسلامي للشيخ عيسوي: ص(٣١٩) .

(٥) الفقه الإسلامي لمحمد سلام مدكور: ص(١٧٩) و كذالك انظر التعريفات الأخرى في المعاملات الشرعية المالية ص(٩) و الأموال ونظرية العقد. ص (١٦٥) .

=

فيه وحده ابتداءً إلا لمانعٍ[1] .



(١) رجح هذا التعريف العبادي في الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٧٩) .

أرىٰ هذا التعريف جامعًا لما هية الملك، وموضوعه والعلاقة التي بين المالك والشيء المملوك، كما أنه مانع عما يتعلق به، والله أعلم بالصواب . وكذلك انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الرحيلي (٤/ ٥٧) .

المطلب الثاني: أركان الملكية وأقسامها عند العلماء

أولًا: أركان الملكية:

لم يذكر الفقهاء المتقدمون ولا الباحثون المعاصرون شيئًا يتعلق بأركان الملكية حسب ما اطلعت عليه من الكتب الفقهية والبحوث المعاصرة، مع أنه من الأمور التي ينبغي عدم إغفالها في بحث نظرية الملكية وذلك لبروز أهميته في معرفة مدىٰ نطاق الملكية، وطبيعتها وتحديد عناصرها .

وبعد التتبع في الموضوع وإمعان النظر فيه تبين أن حق الملكية ينبني كسائر الحقوق علىٰ ثلاثة، أركان وهي:

الأول: صاحب الملكية وهو المالك .

الثاني: محل الملكية وهو الشيء المملوك .

الثالث: العلاقة بينهما وهي علاقة اختصاص بين صاحب الملكية ومحلها ويأتي تفصيل هذه الأركان علىٰ النحو المذيل:

أولاً: صاحب الملكية:

وهو المالك أو المتفرد بالأملاك، والمالك الحقيقي للأموال أو الأشياء هو الله ﷻ، فقد جعل الله ﷻ ملك الأموال استخلافًا ومنحة ربانية، فأعطىٰ للإنسان حق التملك واستخلفه علىٰ الأموال[1]، قال تعالىٰ: ﴿ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚﮛ﴾[2]، وقال تعالىٰ: ﴿ﭻ ﭼ ﭽ ﭾ ﭿﮀ﴾[3].

ذكر المفسرون في تفسير هذه الآيات وما في معناها: «إن الأموال التي في أيديكم إنما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها، وإنما خولكم الاستمتاع بها، وجعلكم خلفاء في التصرف فيها، فليست هي

(١) هذا رأي جمهور فقهاء الإسلام، وتشهد له أصول الإسلام وأدلته، وقد خالفهم بعض المحدثين وجعلوا الملكية وظيفه اجتماعية، وملك الإنسان للأشياء إنما هو من باب النيابة عن المجتمع .

انظر: تفصيل المسألة في القواعد لابن رجب: ص(٢٠٨): القاعدة السادسة والثمانون، والفروق للقرافي: (٣/ ٢١٧-٢١٨)، والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٤١٦-٤١٥)، والمشروعية في النظام الإسلامي للدكتور مصطفىٰ كمال وصفي: ص(١٠٨-١٠٦) .

(٢) الآية: (٧) من سورة الحديد .

(٣) الآية: (٣٣) من سورة النور .

=

بأموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب»[١] .

ويقرر هذا المبدأ ما ذكره الحافظ ابن رجب الحنبلي -رحمه الله- فقال: «واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في أصول الفقه إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان، وإنما مالك الأعيان خالقها ﷻ، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعًا، فمن كان مالكًا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق، ومن كان مالكًا لنوعٍ منه فملكه مقيد ويختص باسم خاصٍ به يمتاز به كالمستأجر والمتسعير وغير ذلك ...

فالحاصل أن المالك الحقيقي للأشياء هو الله ﷻ وإنما مَنَحَ للإنسان حق التملك، والتصرف في منافعها وفق شرائع الإسلام .

ولهذا جعل الإسلام حرمة الملكية متميزة فحرم الاعتداء على أصحابها .

قال إمام الحرمين[٢]: «القاعدة المعتبرة أن الملاك مختصون بأملاكهم، لا يزاحم أحد مالكًا في ملكه من غير حق مستحقٍ، ثم الضرورة تحوج ملاك الأموال إلى التبادل فيها ... فالأمر الذي لا شك فيه تحريم التسالب والتغالب ومد الأيدي إلى أموال الناس من غير استحقاق»[٣] .

ولهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: «والرجل أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين»[٤] .

وعلى هذا فصاحب الملكية إما يكون فردًا وما في معناه كالمؤسسات والشركات أو جماعة على سبيل الاشتراك أو جماعة على العموم أو دولة بأهليها ويأتي بيان هذه الأقسام في أقسام الملكية قريبًا

---

(١) الكشاف للزمخشري: (٤/ ٦١)، وانظر كذلك: تفسير القرآن العظيم: (٤/ ٣٠٥)، وتفسير أبي السعود: (٢/ ٣٢٤، ٣٢٦)، وتفسير القرطبي: (١٧/ ٢٣٩-٢٣٨) .

(٢) هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني النيسابوري المعروف بإمام الحرمين من علماء الشافعية، توفي في نيسابور سنة (٤٧٨)هـ .

انظر: طبقات الشافعية الكبرى: (٣/ ٢٤٩)، وطبقات الشافعية لابن هداية الله: ص(١٧٤)، والفتح المبين: (١/ ٢٠٦) .

(٣) الغياثي لإمام الحرمين: (ص٤٩٤-٤٩٥) تحقيق د. عبد العظيم الديب .

(٤) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام: (٢٩/ ١٨٩) .

إن شاء الله تعالىٰ .

وتعتبر فيه وفي من يقوم عليه سَــواء كان فردًا أو ما في معناه أو جماعة عامة أو دولة أهلية وجوب[١] وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له أو عليه، وتثبت هذه الأهلية بالإنسان بناءً علىٰ ثبوت الذمة[٢] والذمة تثبت بكل إنســان حي فما من مولودٍ يولد إلا وله الحق في إثبات الحقوق له أو عليه، وغرم ما يثبت في ماله وتنتهي بالموت وما في معناه .

وأما الجنين فينظر إليه من حيث أهليته من جهتين: من جهة كونه جزءًا من أمه فيحكم عليه بعدم ثبوت الذمة، وبالتالي تنفي عنه أهلية الوجوب ومن جهة كونه نفسًــا مســتقلة ومنفردًا عن أمه بالحياة فيحكم له بثبوت الذمة، وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب وبناءً علىٰ هذين النظرين أثبت له العلماء أهلية وجوب ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق وهي التي لا يحتاج في ثبوتها إلىٰ القبول كالميراث، والوصية والوقف[٣] .

ثانياً: محل الملكية:

وهو الشيء المملوك، ومن البدهي ليس كل شيء يكون مملوكًا، وذلك لأنه لا يتصور قيام ملك الإنسان علىٰ جميع الأشياء؛ فمعنىٰ الشيء: كل موجودٍ إما حسًّا كالأجسام أو حكمًا كالأقوالِ نحو قلت شيئًا[٤]، وهو يطلق لغةً علىٰ ما يصح أن يُعلم ويخبر عنه، فيشمل الموجود والمعدوم ممكنًا أو محالًا واصطلاحًا خاص بالموجود خارجيًا كان أو ذهنيًا[٥] .

---

(١) انظر في شرط الأهلية: تبيين الحقائق: (٥/ ١٦٩)، فواتح الرحموت: (١/ ١٥٦)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٧٦)، والشرح الكبير الدسوقي: (٣/ ٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٦)، والمغني: (٤/ ٢٠٨)، وزاد المعاد: (٤/ ٤٠) .

(٢) الذمة: هي أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الإلزام والالتزام أو هي: معنىٰ شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم .

انظر: حاشــية الحموي علىٰ الأشــباه والنظائر لابن نجيم: (٢/ ٢١١)، وقواعد الأحكام للعز بن عبد الســلام: (٢/ ١٠٩)، والفروق: (٣/ ٢٣١)، وكشاف القناع: (٢/ ١١٧) .

(٣) انظر: علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف: ص(١٣٦)، وأحكام المعاملات الشرعية: ص(٢٣٨)، وعوارض الأهلية: ص(١٠٩) .

(٤) المصباح المنير: (١/ ٣٩٩) .

(٥) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص(٢١٣) .

=

وعلى هذا توجد هناك أ شياء تمنع بطبيعتها من أن تكون محلًا للملك كأ شعة الـ شمس وطبقات الهواء، وهناك أشـياء وإن كانت بطبيعتها تسـمح بالاختصـاص بها؛ لكنها لا تحتوي على أي منفعة يمكن أن تقصـد منها، ولكن الشرـيعة لم تقم وزنًا لهذه المنفعة لتفاهتها كحبة قمح، أو لأنها اعتبرتها منفعة غير مشروعة كالخمر .

أما ما يصـلح أن يكون محلًا للملك أو لحق الملكية فهو الأعيان المالية، ففي اصـطلاح الفقه الإ سلامي أن ما يتناوله ا سم المال من الأعيان يصلح أن يكون محلًا للملك، وما لا يتناوله ا سم المال منها لا يصلح أن يكون محلًا للملك كالميتة والخمر بالنسبة إلى المسلمين[١] .

فالأموال بطبيعتها قابلة للملك والتمليك غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع فيمتنع ورود التصرـفات التي تثبت الملكية لآحاد الناس عليها، وتصـير بذلك التخصـيص غير قابلة للتمليك في كل الأحوال أو في بعض الأحوال. فيتنوع المال بالنسـبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع[٢]:

النوع الأول: ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحالٍ:

وهو ما خصـص للمنافع العامة كالطرق العامة، والجسـور والحصـون والسـكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة، والحدائق العامة ونحوها .

فهذه الأموال لا تقبل التمليك مطلقًا ما دامت مخصـصـة لمنفعة الكافة، فإن زالت عنها تلك الصفة عادت إلى حالها الأصلية وهي قابليتها للملك والتمليك بإطلاقٍ[٣] .

النوع الثاني: ما لا يقبل التملك إلا بمسوغٍ شرعي:

وهو الأموال التي تقبل التمليك في بعض الأحوال وذلك عند وجود مسوغٍ شرعي من ضرورة ملجئة للتمليك أو حاجةٍ ما سةٍ دافعةٍ إليه أو مـ صلحةٍ راجحةٍ كالأموال والعقارات الموقوفة وأموال بيت المال أي الأموال الحرة في عرف أهل القانون .

---

(١) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي الخفيف: ص(٥٣) .

(٢) انظر: الفقه الإسـلامي وأدلته: (٤/ ٥٧)، والملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة: ص(٦٦)، الملكية وضـوابطها في الإسلام: ص(٢٩-٢٨) .

(٣) انظر: المصادر السابقة مع مرشد الحيران، المادة رقم: (٩، ١٠) .

فا لمال الموقوف لا يباع ولا يو هب إلا إذا تهدم أو أصـبحت نفقا ته أكثر من إيراده فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله[١] .

وأملاك بيت المال أو الحكومة لا يصح بيعها إلا لرأي الحكومة لـــضرورة أو مصلحة راجحةٍ كالحاجة إلى ثمنها أو الرغبة فيها بضــعف الثمن ونحو ذلك؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة[٢] .

النوع الثالث: ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقًا بدون قيدٍ:

وهو ما عدا النوعين السابقين من الأموال .

والأموال من حيث صلاحيتها كأن تكون محلاً للملكية تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: ما يصلح أن يكون محلاً للملك: هو:

١-الأموال التي يتناولها اسم المال من الأعيان في اصطلاح الفقهاء[٣] .

٢-الأشياء المعنوية أو الاعتبارية كالمنافع -وهي الفوائد غير الحسية التي تنال من الأشياء كسكنى الدار، وركوب الدابة- والحقوق -وهي كل ما يثبت للشخص من ميزاتٍ أو مكناتٍ سواء كان مالًا أو غيره -على القول إنها أموال[٤] .

---

(١) انظر: رد المحتار: (٣/ ٤٢٥) .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٥٨) .

(٣) انظر: اختلاف الفقهاء في تعريف المال، حاشــية ابن عابدين: (٥/ ٥١-٥٠)، ومجلة الأحكام العدلية: (م/ ١٢٦)، حاشية الباجوري: (١/ ٣٤٣)، وكشاف القناع: (١/ ٧)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٤٨)، والموافقات: (٢/ ١٧).
وهو على اصطلاح الجمهور: «ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعًا الانتفاع به في حال السعة والاختيار .
انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٢١٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٥٨) .

(٤) انظر اختلاف الفقهاء في مالية المنافع والحقوق في البحر الرائق: (٢/ ٢٢٧)، وحاشــية ابن عابدين: (٤/ ٣)، والأشــباه والنظائر: ص(٢٥٨)، وحاشـية الدسـوقي على الشرـح الكبير: (٣/ ٤٤٢)، والملكية للشـيخ علي الخفيف: (١/ ٤٠)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٦٦)، ودرر الحكام: (١/ ٢٦٧)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٤٨)، ومما تجدر الإشــارة إليه أن الفقهاء وإن اختلفوا في مالية المنافع، لكنهم متفقون على أنها تكون محلًا للملك .
انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥٢-٣٥١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٦)، والتاج المذهب: (٣/ ٩٢) .
=

٣-الديون في الذمم على أنها أموال وهو قول جمهور الفقهاء(١)، ذلك لأنهم لا يشترطون في المال أن يكون عينًا مادية يمكن إحرازها وادخارها .

وأما فقهاء الحنفية فهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالًا؛ لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة، وإنما يقبض ما يعادلها، فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالًا لصاحبه(٢) .

وفي فتح القدير: «والدين مال حكمًا لا حقيقة، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبولٍ لعدم المالية الحقيقة غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية، وهبة العين لا تصح بلا قبولٍ بحال»(٣) .

وعلى هذا فهم يعتبرون الديون أموالًا حكمًا لا حقيقة لكونها معدومة وإنما جعلت أموالًا لحاجة الناس إليها في المعاملات فهي ليست بأشياء حقيقة ولكنها أوصاف حكمية ملحقة بالأموال باعتبار أنها تصير أموالًا بالقبض وعلى هذا فجمهورهم على أن الديون محل للملك(٤) .

٤-الحقوق الذهنية أو المعنوية كسائر الحقوق لدى فقهاء الإسلام مع وجود خلاف بين أصحاب القانون(٥) ولما كانت الأشياء غير المادية تدخل في مسمى المال في الشريعة؛ لأن لها قيمة بين الناس، ومباح الانتفاع بها شرعًا وقد قام الاختصاص بها، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم الحقوق الذهنية باعتبارها نوعًا من أنواع الملك(٦) .

النوع الثاني: ما لا يصلح أن يكون محلاً لملك أو لحق الملكية: وهو:

١-الأعيان التي لا تشتمل على منفعةٍ مقصودة يعتد بها شرعًا بحيث لا يكون لها قيمة بين الناس؛ لأن الملك قد شرع من أجل الانتفاع، فقيامه على أعيان لا منفعة فيها عبث لا يقبله شرع ولا

---

(١) حاشية الباجوري: (١/ ٣٤٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٧)، وكشاف القناع: (١/ ٧)، والموافقات: (٢/ ١٧) .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٥٧)، وكشاف اصطلاحات الفنون: (١/ ٥٠٢)، والمدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: ص(١٣٥) .

(٣) فتح القدير: (٥/ ٢٥٠) .

(٤) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣)، ورد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٢٩٩) .

(٥) انظر: محاضرات في النظرية العامة للحق د. إسماعيل غانم: ص(٧٤)، وحق الملكية د. الصدة: ص(٢٨٢-٢٨١)، ونظرية الحق للدكتور الشرقاوي: ص(٥٨)، الملكية في القوانين العربية د. الصدة: (١/ ٩) .

(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٢٣٥) .

=

عقل وذلك مثل الحشرات كالذباب والبعوض وهوام الأرض[١] .

ويلحق بهذه الأعيان الأعيانُ التي تشتمل على منافع تافهة غير مقصودة كحبة قمح كشم تفاحة[٢] .

٢-الأعيان والمنافع المحرمة شرعًا؛ فكل الأعيان والمنافع التي حرمها الشارع لا يجوز أن تكون محلًا لملك.

٣-الأعيان التي تعلق بها حق الله ﷻ كالمساجد والبيت الحرام والوقف .

٤-الأعيان التي تعلق بها حق الكافة أو الجماعة أو الدولة مثل الطرق والأنهار والجسور المقامة عليها، فإنه لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي فهي تغيير ملكًا لمجموع الأمة مرصودة للمنفعة العامة، وهي لا يمكن أن تؤدي وظيفتها إلا إذا كانت ممنوعة عن التملك الفردي .

٥-الأعيان التي لا ينطبق عليه تعريف المال لدى الفقهاء كالشمس والقمر والنجوم والسماء ونحوها .

فهذه الأعيان من الأموال لا تصلح أن تكون محلًا للملك والله أعلم بالصواب .

ثالثاً: علاقة اختصاص بين صاحب الملك ومحله:

قد تبين مما سلفَ في تعريف الملك في الشريعة الإسلامية أنه علاقة تقوم بين الإنسان والشيء، وهي تقتضي اختصاص المالك بهذا الشيء بحيث يكون له الانتفاع والتصرف فيه بكل أنواع الانتفاع والتصرف السائغة شرعاً .

ولا يقوم حق الملكية بدون هذه العلاقة .

وهي صفة اعتبارية منتزعة من آثارها وأحكامها، فليس لها وجود مادي ولا حقيقة مادية فحيثما أقرَّ الشرعُ هذه العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال ثبت الملك، وحيثما نفي الشرعُ هذه العلاقة انتفى الملك[٣] .

ولقد أقرت الشريعة هذه العلاقة من أجل أن يتمكن الإنسانُ من الانتفاع به انتفاعًا لا ينازعه

(١) انظر: التاج المذهب: (٢/ ٤٥٣)، والفروق: (٣/ ٢٣٨-٢٣٦)، وحاشية الجمل: (٣/ ٢٦-٢٤، ٤٦٩) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٢٣٥) .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الخفيف: ص(٥٢) .

فيه منازع؛ ذلك أن الانتفاع الكامل لا يكون مع التنازع والتزاحم .

وهذه العلاقة قد تكون بالإحراز والاستيلاء، وقد تكون بالاختصاص الحاجز، وقد تكون بمجرد وضع يدٍ، وقد تكون بصفة حكمية، وقضيتها التمكن والقدرة على عناصر الملكية وآثارها من الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبها يقوم حق الملكية وإلا فلا، والله أعلم بالصواب .

ثانيًا: أقسام الملك:

للملك أقسام عديدة انقسم إليها، نتيجة لاختلاف وجهة النظر إليه فله قسمة بالنظر إلى حقيقته، وقسمة بالنظر إلى محله أي ما يتعلق هو به وقسمة بالنظر إلى خصائصه، وقسمة بالنظر إلى المستفيد منه، وقسمة بالنظر إلى وضعه وصورته وغيرها(١)، ويأتي تفصيل الكلام على ذلك حسب الترتيب المذيل:

التقسيم الأول: أقسام الملك باعتبار حقيقته وماهيته:

ينقسم الملك باعتبار حقيقته إلى نوعين(٢):

الأول: الملك التام، والثاني الملك الناقص .

الأول: الملك التام:

وهو ملك الرقبة والمنفعة (٣) وقد جاء في حاشية ابن عابدين(٤) قوله: «المراد بالملك التام المملوك رقبةً ويدًا» .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «الملك التام يملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع، والهبة، ويورث عنه ويملك التصرف في منافعه بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك(٥) .

---

(١) انظر: تفصيل الكلام على أقسام الملكية الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي: (١/ ٢٧٣)، والملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الخفيف: ص(٦٥)، وما بعدها، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٧) وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٦)، والمنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٧)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٥٨) وما بعدها .

(٢) المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٣٨) .

(٣)انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٩) والهداية مع شروحها (١/ ٤٨١) وكشاف القناع (١/ ٤٢٧) وشرح منتهى الإرادات (١/ ٤٥٠) .

(٤) حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٦٣) .

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٩/ ١٧٨) .

الثاني: الملك الناقص:

وهو ملك الرقبة فقط، أو المنفعة فقط أو الانتفاع فقط(١).

وقد عبَّر عنه الزركشي ــ بالملك الضعيف بدل الناقص، يقول الزركشي ــ: «الملك قسمان: تام وضعيف، فالتام يستتبع جميع التصرفات، والضعيف بخلافه ... »(٢).

و الملك يكون ناقصًا لدى الفقهاء إذا كان التملك للعين والمنفعة معًا ومَنَعَ مانع من التصرف الكامل فيهما، وكذالك إذا كان التملك للعين دون منفعتها، أو للمنفعة دون رقبتها؛ لأن التصرف فيهما لا يكون كما لو كانتا مملوكتين معًا .

ومن هنا يتضح أن الملك الناقص يشمل ثلاثة أنواعٍ:

الأول: ملك العين وحدها دون منفعتها .

الثاني: ملك المنفعة وحدها دون رقبتها .

الثالث: ملك العين والمنفعة معًا إذا منع مانع من كمال التصرف فيهما .

ثم إن الأصل في الملك هو الملك التام، وأن الملك الناقص هو خلاف الأصل كما أن المقصود من مشروعية الملك هو الانتفاع بالأشياء ولذلك جاءَ ملك الرقبة دون المنفعة ناقصًا كان يوصي بمنفعة عين لشخصٍ أو أن يوصيَ بالرقبة لشخصٍ ومنفعتها لآخر(٣).

التقسيم الثاني: أقسام الملك باعتبار محله(٤):

ينقسم الملك باعتبار محله إلى خمسة أقسامٍ(٥):

الأول: ملك عين ومنفعة: فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من

(١) قيود الملكية الخاصة: ص(٩٩) .

(٢) المنثور للزركشي: (٣/ ٢٣٨) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥١)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٧) .

(٤) انظر: القواعد لابن رجب: ص(١٨٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥١)، والملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٦٦)، والملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٦٢)، والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٢٧٤) وما بعدها .

(٥) قسم الحافظ ابن رجب إلى أربعة أنواع، والسيوطي إلى أربعة أقسام، وقسم بعضهم إلى قسمين . انظر: المصادر السابقة. =

بيعٍ وهبةٍ وإرث وغير ذلك[١].

الثاني: ملك العين دون منفعة: ويثبت ذلك في الوصية بالمنافع لواحدٍ وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة.

الثالث: ملك المنفعة دون عين:

ملك المنفعة اختصاص يبيح لمن تثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره مع المحافظة على عينها، فالمستأجر للأرض أو الدار يملك المنفعة بعقد الإجارة، ويختص بها، وهذا الاختصاص حاجز لغيره عنها، وللمستأجر أن يستوفيها بنفسه وأن يملكها لغيره بعوضٍ أو بغير عوضٍ ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك[٢].

الرابع: ملك الانتفاع المجرد، مثل: ملك المستعير، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة، وكذلك المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر في داره ونحوه[٣].

فالفقهاء -رحمهم الله تعالى- فرقوا بين ملك المنفعة وملك الانتفاع[٤] وبينوا أن من ملك المنفعة ملك الانتفاع والمعاوضة بخلاف من ملك الانتفاع فقط فإنه لا يملك المعاوضة[٥].

وقد فصل القرافي -رحمه الله- في التفرقة بين ملك الانتفاع وملك المنفعة، فقال: «فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعظم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوضٍ كالعارية.

ومثال الأول: -أي الانتفاع- سكنى المدارس والرباط، والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك فله أن ينتفع بنفسه فقط، ... وأما مالك المنفعة فكمن استأجر دارًا أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوضٍ، ويتصرف في

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب: ص(١٨٨).

(٢) انظر: نظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران: ص(٣١٢).

(٣) القواعد لابن رجب: ص(١٨٩).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٧٧)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٤٣٣)، والمهذب: (١/ ٣٧١)، والمبدع: (٦/ ١٤٣)، وكشاف القناع: (٢/ ٣٣١)، والفروق للقرافي: (١/ ١٨٨-١٨٧)، وتهذيب الفروق بهامش الفروق: (١/ ١٩٥-١٩٣).

(٥) انظر: الفوائد لابن القيم: (١/ ٣).

=

هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم[١] .

الخامس: ملك الدين:

يتحقق ملك الدين فيما إذا كان لشخصٍ في ذمة آخر مبلغ من المال وَجَبَ بسبب من الأسباب الشرعية كثمن الشيء المشترى، وبدل قرض المقترض، وقيمة المال المتلف على من أتلفه، ولا يسمى دينًا إلا إذا كان المبلغ التزامًا في الذمة .

ويفارق الدين الوديعةَ فهي من قبيل ملك العين؛ لأنها أمانة متعينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بذاتها عند الطلب، وليس له أن يأخذ ويرد مثلها[٢] .

التقسيم الثالث: أقسام الملك باعتبار صاحبه أو باعتبار المستفيد منه:

ينقسم الملك باعتبار صاحبه أو المستفيد منه إلى ثلاثة أقسام[٣]:

الأول: الملكية الخاصة:

هي الملكية التي يكون صاحبها أو مستحقها فردًا أو مجموعةً من الأفراد على سبيل الا شتراك[٤] وتخول صاحبها الا ستئثار بمنافعها والتصرف في محلها، وفي حالة الكثرة يكون انتفاع كل فردٍ انتفاعًا محدودًا بماله فيها من حظٍ معلومٍ[٥] .

الثاني: الملكية العامة:

هي التي يكون المالك لها مجموع الأمة دون النظر للأفراد بحيث يكون الانتفاع بالأموال التي تتعلق بها لهم جميعًا بدون أن يختص بها أحد منهم .

---

(١) انظر: الفروق للقرافي بتصرفات بسيطة: (١/ ١٨٨-١٨٧)، وكذلك تهذيب الفروق بهامش الفروق: (١/ ١٩٣-١٩٥)، وانظر: الفروق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع أيضًا، في حاشية الجمل: (٣/ ٤٥٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٦) .

(٢) انظر: الملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٨٣)، وقيود الملكية الخاصة: ص(١٠٣) .

(٣) انظر: قيود الملكية: ص(١٠٤)، والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٢٩١)، وما بعدها، والملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٧٥)، والملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٨٥)، والموسوعة الفقهية: (٣٩/ ٣٧)، وذكر بعضهم قسمين فقط .

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٢٩١)، وقيود الملكية الخاصة: ص(١٠٥) .

(٥) الملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٧٥) .

=

والأســـاس في قيام الملكية العامة أنه إذا تعلقت حاجة الجماعة في الانتفاع بأشــياء معينة فإنه لا يجوز أن تقعَ تحت التملك الفردي، وإنما تحجر أعيانها وتباح منافعها، وذلك كما في الأنهار الكبيرة، والطرق والجسور والأراضي المتروكة حول القرىٰ لتستعمل من قبل أهلها للرعي والحصاد وغيرها كالميادين العامة، ومواقف السيارات بالمدن[١] .

الثالث: ملكية بيت المال:

هي الملكية التابعة للدولة، وهذه الملكية يكون صاحب الاختصاص فيها هو بيت المال، يتصرف فيها تصرف الملاك الخاصين في أملاكهم بالبيع والإنفاع، والهبة بـــشرط أن تتحقق مع هذا مصلحة الجماعة المسلمة ويعتبر بيت المال أو الدولة بصفتها شخصًا معنويًا أو اعتباريًا[٢]، وبيت المال هو الجهة التي تختص بكل مالٍ يستحقه المسلمون ولم يتعين مالكه[٣] .

قال الماوردي في الأحكام السلطانية: «وأما القسم الرابع فيما اختص ببيت المال من دخل وخرج فهو أن كل مالٍ ا ستحقه المسلمون، ولم يتعين مالكه منهم فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار بالقبض مضافًا إلىٰ حقوق بيت المال سواء أدخل إلىٰ حرزه أم لم يدخل؛ لأن بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق علىٰ بيت المال»[٤] .

هذه الملكية نوع من الملكية العامة أيضًا، إلا أنها تمتاز بأموال الدولة الخاصة أو أملاكها الخاصة، ويســمىٰ بالأملاك الحرة، وهي الأموال التي تملكها الدولة بصــفتها شــخصًــا معنويًا، وتســتعملها استعمال الأفراد لملكهم الخاص ولكن لأغراض مصلحية عامة .

التقسيم الرابع: أقسام الملك باعتبار صورته:

ينقسم الملك باعتبار صورته إلىٰ قسمين[٥]، هما:

الأول: الملكية المتميزة أو المفرزة:

---

(١) الخراج لأبي يوسف: ص(٩٨-٩٧) وانظر: الملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٧٦) وما بعدها .

(٢) الملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٨٦) .

(٣) انظر تفصــيل الكلام في الخراج لأبي يوســف: ص(١٠٦)، وحاشــية ابن عابدين: (٤/ ٢١٩-٢١٧)، والأموال لأبي عبيد: ص(٤٩٩)، والأحكام السلطانية للماوردي: ص(٢١٣) .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي: ص(٢١٣) .

(٥) الملكية وضوابطها في الإسلام: ص(١٠٢)، وما بعدها، والمفيد في حق الملكية: ص(١٢٦) وما بعدها .

وهي التي تتعلق بشيء محدودٍ غير مختلط بملك الغير فله حدود تفصله عما سواه أو يقال: هي ما كان موضـوعها أو محلها معينًا، فشـملت جميع أجزائه، واختص بها مالك واحدٌ وذلك كملكية شـخصٍ لدار بأكملها أو لطبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات، أو لقطعة أرض محددة، أو كأن يملك الإنسان سيارة وحده، أو كتابًا .

الثاني: الملكية المشاعة أو الشائعة:

وهي الملكية المتعلقة بجزء نسـبي غير معينٍ من مجموع الـشيء مهما كان ذلك الجزء كبيرًا أو صغيرًا .

وذلك كأن يَمْلِكَ الإنسـانُ جزءًا في أرضٍ وذلك الجزء غير معين بل مشـاعٌ فيها، وكأن يملك نصف الدار، أو ربع سيارة أو جزءًا من مائه من أرض وهذا يسمونه الحصة الشائعة في الـشيء المشترك .

والشيوع لا يقتصر على الأعيان بل يشمل أيضًا الديون، وهو ما يسمى بالدين المشترك[١] الذي ينشأ لأشخاصٍ متعددين في ذمة آخر بسبب واحد كما لو بَاعَ اثنان لآخر شيئًا مشتركًا بينهما أو أتلف هذا شـيئًا مشـتركًا، فالثمن في حالة البيع والقيمة في حالة الإتلاف يكون دينًا مشـتركا لهما في ذمة الآخر[٢].

التقسيم الخامس: أقسام الملك باعتبار سببه[٣]:

ينقسم الملك باعتبار سببه إلى قسمين أيضًا، وهما ملك اختياري، وملك قهري .

يقول الزركشي: «الملك قسمان:

أحدهما: يحصل قهرًا كما في الميراث ومنافع الوقف .

والثاني: يحصل بالاختيار، وهو على نوعين:

أحدهما: ما يحصل بالأقوال، ويكون في المعاوضات، كالبيوع، وفي غيرها كالهبات والوصايا

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى: ص(٢٦٢) وما بعدها .

(٢) انظر: الملكية وضوابطها: ص(١٠٢) وما بعدها .

(٣) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٢٣١) .

والوقوف إذا اشترطنا القبول .

والثاني: ما يحصل بالأفعال، كتناول المباحات، كالاصطياد والإحياء .

ثم فرق الزركشي بين الملك القهري والاختياري [١] ، فقال: ومما يتخالفان فيه -أعني الاختياري والقهري- .

١-أن الاختياري يملك بالعوض المعين، أو بها في الذمة، ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف، وأما القهري كالأخذ بالشفعة فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن أو يرضى بتأخيره على أحد القولين، والصحيح: أنه يملك بذلك وبقضاء القاضي له به.

٢-أن التملك القهري يحصل بالاستيلاء على ملك الغير كما في أموال الكفار بخلاف الاختياري.

٣-أن التملك القهري هل يشترط فيه معرفة شروطه من الرؤية ونحوها؟ خلاف والاختياري يشترط فيه قطعًا .

٤-أنه يغتفر فيه ما لا يغتفر في الاختياري كالرد بالعيب، وكذا الصيد في حق المحرم، ولا يملك ذلك كله بالاختيار [٢] .

٥-أن التملك القهري أقوى سببًا من الاختياري فإنه قد يسقط بالشبهة» [٣] .

قال القرافي -رحمه الله-: «اختلف العلماء هل الأسباب الفعلية أقوى أم القولية أقوى؟ فقيل: الفعلية أقوى لنفوذها من المحجور عليه ومن غيره، وقيل: القولية أقوى؛ بدليل أن العتق بالقول يستعقب العتق، والعتق بالوطء لا يستعقب العتق، والسبب الذي يستعقب مسببه أقوى مما لا يستعقبه [٤]»، ولعل تفصيل الكلام على الأسباب القولية والفعلية والفرق بينهما يأتي عند بيان أسباب الملكية والله ولي التوفيق .

التقسيم السادس: أقسام الملك باعتبار احتمال السقوط وعدمه:

---

(١) المنثور في القواعد: (٣/ ٢٣٣-٢٣٢).

(٢) انظر: المصدر السابق: (٣/ ٢٣١) وما بعدها .

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٥) .

(٤) الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٥) .

=

ينقسم الملك باعتبار احتمال سقوطه وعدمه إلى قسمين[1]:

الأول: الملك المستقر: وهو الذي لا يحتمل السقوط بتلف المحل أو تلف مقابله كثمن المبيع بعد القبض، والصداق بعد الدخول .

الثاني: الملك غير المستقر، وهو الذي يحتمل السقوط بتلف المحل أو بتلف مقابله كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، والثمن قبل قبض المبيع .

والمؤثر في استقرار العوض والمعوض هو احتمال سقوطه بتلف المحل، أو تلف مقابله لا غير بدليل أن احتمال رد المبيع والثمن بالعيب لا يمنع استقرار الملك فيهما .

التقسيم السابع: أقسام الملك باعتبار انتقاله إلى آخر:

ينقسم الملك من حيث انتقاله إلى آخر إلى خمسة أقسامٍ[2]:

الأول: ما ينتقل من مالك إلى مالك بعوضٍ كالبيع والحوالة والشفعة واللقطة .

الثاني: ما ينتقل من مالك إلى مالك بغير عوضٍ كالهبات والوصايا والميراث .

الثالث: ما ينتقل من مالك إلى غير مالك بالعوض كالكتابة .

الرابع: ما ينتقل من مالك إلى غير مالك بغير عوضٍ كالعتق .

الخامس: ما ينتقل من غير مالك إلى مالك وهو تمليك المباحات من الموات وغيرها .

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٤٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥٠) .

(٢) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٧) .

المطلب الثالث: أسباب الملكية

الأسباب التي شرعها الله ﷻ للملك والتملك كثيرة، ويكفي فيها قولهم: أن الأصل في الأشياء الإباحة[١]، ومما يُعلم أن الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية[٢]، لأن الحق ليس ناشئًا من طبائع الأشياء، وإنما هو ناشيء من إذن الشارع ومنه حق التملك .

ولقد ذكر الفقهاء المتقدمون هذه الأسباب وأشاروا إليها، وأرادوا استقصائها وتمحيصها وتشهد لذلك عباراتهم .

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر[٣]: «وأسباب التملك: المعاوضات المالية، والأمهار، والخلع، والميراث، والهبات، والصدقات والوصايا، والغنيمة، والاستيلاء على المباح، والإحياء وتملك اللقطة بشرطه، ودية القتيل يملكها أولًا ثم تنقل إلى الورثة، ومنها الغرة يملكها الجنينُ فتورث عنه، والغاصب إذا فعَلَ بالمغصوب شيئًا أزال به اسمه وعظم منافعه ملكه، وإذا خلط المثلي بمثلي بحيث لا يتميز ملكه» .

وقد جاء في الحاوي القدسي[٤] الأساس الذي بنت عليه الشريعة إقرارها لما أقرت من أسباب التملك: فقال: «فلا بد أن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليًا عن الملك والخالي عن الملك هو المباح، والمثبت للملك في المال المباح هو الاستيلاء لا غير، لأن المباحَ لما استوى في التصرف فيه جميع الناس وتعذر على كل واحدٍ منهم إقامة المصالح به والانتفاع منه لوقوعه في محل التنازع شرع الشرع الاستيلاء عليه ... ثم المُسْتَوْلي على المال المباح قل ما يقوم به جل مصالحه من منافعه فيحتاج إلى ما في

---

(١) انظر: الغياثي: ص(٤٩٠)، تحقيق: د. عبد العظيم ديب، وخاتمة مغني ذوي الأفهام، والتمهيد: (١٧/ ١١٤)، والمغني: (١٢/ ٥١٤)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي: (١/ ٣٩٠)، والقواعد الفقهية لعميم الإحسان: ص(٥٩) .

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ٧٤)، وغمر عيون البصائر: (٢/ ٢٠٢)، والفروق للقرافي: (٣/ ٢٠٨)، والمنثور للزركشي: (٣/ ٢٢٣)، ومجموع فتاوى لشيخ الإسلام: (٢٩/ ١٧٨)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٥٦) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٤٦)، وكذلك انظر: حاشية الحموي عليه: (٢/ ٢٠٦-٢٠٥) .

(٤) الحاوي القدسي: (و/ ٢١٥-٢١٦)، نقلًا عن الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٣٤-٣٣) .

يد غيره، وغيره يحتاج إلىٰ ما في يده .

فشرع الشرع البيعَ لينقل المُسْتَوْلِي ما حصل في يده بالا ستيلاء من المال إلىٰ غيره، وينقل ما في يد غيره إلىٰ نفسه فينتفع كل واحدٍ منهما بما نقل إلىٰ نفسه من صاحبه، فتقوم به مصالحهما، فصار البيعُ ناقلًا للملك الثابت بالاستيلاء...» .

وذكر الحصكفي[1] -رحمه الله-: «أن أسباب الملك ثلاثة، ناقل: كبيع وهبة، وخلافة: كإرث، وأصالة: وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكمًا بالتهيئة كنصب شبكة لصيد لا لجفافٍ علىٰ المباح الخالي عن مالك»[2] .

قال ابن السبكي: « جاء في الكفاية في باب إحياء الموات: أسباب الملك ثمانية: الميراث، والمعاوضات، والهبات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات» .

قال ابن السبكي: «قلت وبقيت أسباب أُخَر منها: تملك اللقطة بشرطه .

ومنها: دية القتيل يملكها أولًا ثم تنقل لورثته علىٰ الأصح، ولذلك يوفىٰ منها دينه، ومنها: الجنين، الأصح أنه يملك، ومنها: خلط الغاصب المغصوب بماله، أو بمال آخر لا يتميز فإنه يوجب ملكه إياه، ومنها: الصحيح أن الضيف يملك ما يأكله، وهل يملك بالوضع بين يديه، أو في الفم، أو بالأخذ أو بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله؟ أوجه..»[3]

وعلىٰ ضوء ما قرره الفقهاء المتقدمون أورد الفقهاء المحدثون أسباب التملك بتقسيمات متعددة:

فمنهم من قال[4]: أنه يمكن حصر طرق التملك المباحة في الشريعة بما يأتي:

١-إحراز المباحات والا ستيلاء عليها ويشمل الصيد، وإحياء الموات وا ستخراج ما في باطن

---

(١) هو الإمام علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصكفي الحنفي، ولد بدمشق سنة (١٠٢٥)هـ، وكان مشهورًا من فقهاء الحنفية بدمشق، وله مصنفات منها: إفاضة الأنوار شرح المنار، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، والمنتقىٰ شرح ملتقىٰ الأبحر، توفي بها سنة (١٠٨٨)هـ .

انظر: خلاصة الأثر: (٤/ ٦٣)، والأعلام: (٦/ ٢٩٤)، ومعجم المؤلفين لعمر كحالة: (١١/ ٥٧) .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار: (٦/ ٤٦٣) مع حاشية ابن عابدين، وكذلك، انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٢٤٨)، (١/ ٦٧٩) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٦٣-٣٦٢)، وكذلك، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣١٧) .

(٤) هو الدكتور عبد السلام العبادي في الملكية في الشريعة الإسلامية، انظر: كتابه: (٢/ ٣٦-٣٥) .

الأرض .

٢-العقود الناقلة للملكية: من بيع إلى إجارة، إلى هبة إلى وصية .

٣-الميراث .

٤-التعويض، ويشمل ضمان ما ينقله الإنسان من أموال غيره، والدّية .

٥-التولد من المملوك مثل نتاج الحيوانات وثمر الزرع .

ثم قال: وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأمور الخمسة تعتبر أسبابًا للملك واختلفوا في أمرين هما:

١-حيازة الشيء المدة الطويلة .

٢-التقاط المال بعد تعريفه .

ومنهم من قال[1] أن أسباب التملك التي أقرها التسريع الإسلامي تنحصر في أربعة:

١-الإحراز، ٢-العقود، ٣-، الخلفية، ٤-التولد من المملوك .

ومنهم من[2] حاول استقصاء هذه الأسباب ثم حصرها، فذكر أسبابًا تسعةً:

١-الاستيلاء على الأشياء المباحة التي لا مالك لها[3] .

٢-العقود أو التصرفات الناقلة للملك كالبيع والهبة .

٣-الخلافة من غيره بحكم الشرع كالإرث .

٤-الجنايات والإتلافات، إذ بها تملك الضمانات المالية الواجبة بسببها كالديات والأروش[4]، والحكومات[5]، وقيمة المتلفات وأمثالها .

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقا: (١/ ٢٤٢)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٦٩-٦٨) .

(٢) انظر: قيود الملكية الخاصة: ص(٢٣٦) .

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: (٢/ ٨١) .

(٤) الأروش جمع أرش، وهو اسم للمال الواجب على ما دون النفس إذا كان مقدرًا من الشارع، ويعني بها ديات الجراحات، انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٧)، والتعريفات الفقهية لعميم الإحسان: ص(١٦٨)، والكليات للكفوي: ص(٧٨) .

(٥) الحكومة في اصطلاح الفقهاء: تقدير الأروش بعد النظر في الجناية بأن يقال: لو كان المجني عليه عبدًا بصفته كم كانت =

٥-الفسوخ بعيب أو غيره، كما في الإقالة وحالات الخيار بناءً على أن الملك يتجدد بالفسخ كما يتجدد بالعقد .

٦-اللقطة المشروعة .

٧-خلط المال بغيره بحيث لا يمكن تمييزه على وجه التعدي عند بعض الفقهاء(١) .

٨-الجهاد سبب في امتلاك الغنائم والأنفال .

٩-النفقات والظفر بجنس الحق أو بغير جنسه إذا امتنع المدين من الأداء .

وقد صنفت هذه الأسباب جملة من التصنيفات باعتبارات مختلفة(٢)، تفصيلها على النحو التالي:

أولًا: تقسيم هذه الأسباب باعتبار وجود الاختيار فيها وعدمه(٣):

تنقسم أسباب الملكية من هذه الناحية إلى قسمين: اختيارية وجبرية:

الأول: الاختيارية: وهي ما كان الإنسان مختارًا في إيجادها كما في الاستيلاء على المباح، وسائر العقود.

الثاني: الجبرية: وهي ما ليس للإنسان فيها اختيار، كما في الميراث والمتولد عن المملوك.

والأصل في الشريعة الإسلامية أن لا يدخل في ملك الإنسان شيء ما بغير اختياره إلا في الميراث، وفي جملة من المسائل الجزئية في الوصية والشفعَة ذكرها الفقهاء -رحمهم الله- ولذا جاءت القاعدة الفقهية شاهدة لهذا الأصل: وهي «**ليس لأحدٍ تمليك غيره بلا رضاه**»(٤) .

كما أن الأصل في الشريعة أن لا يخرج ملك الإنسان عنه بغير اختياره، ولكن الشريعة أقرت في

قيمته، وكم كان ينتقص من قيمته بتلك الجناية فيجب من دية النفس بتلك النسبة .

انظر: التهذيب اللبغوي: (٧/ ١٦٧)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٥٦)، وفتح العزيز: (١٠/ ٣٤٧)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ١٧٨) .

(١) مغني المحتاج: (٢/ ٢٩٢) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٣٦) وما بعدها، والملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٣٤) وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٤٧)، والمنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٣٢-٢٣١) .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٣٧)، وقيود الملكية الخاصة: ص(٢٣٧)، والملكية وضوابطها في الإسلام: ص(٣٤) .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣١٧)، والمدخل الفقهي العام: (٢/ ١٠٨٢)، وإيضاح القواعد: ص(٥٥) .

=

بعض أحوالها التملك بغير إذن المالك كما في الشفعة، وأخذ المضطر من طعام غيره، وبيع أموال المدين المفلس[١] .

ثانياً: تقسيم هذه الأسباب من حيث الأثر المترتب عليها أو باعتبار الصفة الأصلية:

تنقسم أسباب الملكية من هذه الناحية إلى قسمين: أسباب منشئة، وأسباب ناقلة:

الأول: الأسباب المنشئة: وهي التي توجد ملكًا على شيء غير مملوك قبلها وهي إحراز المباحات، والتولد من المملوك[٢] .

الثاني: الأسباب الناقلة: وهي التي تتعلق بملك موجود قبلها فتنتقله من حوزة إلى حوزة، وهي الخلفية، والعقود وغيرها .

ومن الممكن أن يكون هناك قسم ثالث وهو الأسباب المبقية على الملك بناءً على أن الملك في حق الوارث والموصى له حكم البقاء ولا حكم الثبوت ابتداءً كما يكون بالاستيلاء، ولا حكم الانتقال كما يكون بالبيع، وإنما يظهر الفرق بين الإرث والبيع في حق الملك بمسألة الرد بالعيب؛ فإن المشتري لا يرد على البائع الأول بعيب يظهر عنده، والوارث يرد على البائع الموروثَ بعيب يظهر عنده[٣] .

ثالثًا: تقسيم أسباب الملك باعتبار الصيغة، أو الأداء:

تنقسم هذه الأسباب إلى ثلاثة أقسامٍ وهي:

الأول: الأسباب الفعلية: وهي الأسباب التي ترجع إلى فعل الإنسان، مثل الاستيلاء على المباح، والاصطياد، والاحتطاب، وغير ذلك[٤] .

الثاني: الأسباب القولية: وهي الأسباب التي يقوم أداؤها على القول وما في معناه، أو التي ترجع إلى قول الإنسان، كما في العقود في معظم صورها؛ لأن العقود قد تنعقد بالإشارة، والتعاطي،

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٣٧) .

(٢) وقد جعله بعض المعاصرين سببًا رابعًا مستقلًا من أسباب كسب الملكية أو التملك وجعله بعضهم ضمن الأسباب المنشئة للملك، انظر: المدخل الفقهي العام: (١/ ٢٥٦) .

(٣) انظر: الحاوي القدسي: (و/ ١٥-١٦)، نقلًا من الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٣٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٤٩) .

(٤) انظر: الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٤) .

ولسان الحال[1] .

الثالث: الأسباب الاعتبارية: كما في الميراث؛ لأن أسبابه ليست فعلًا ولا قولًا، إنما هي حالات خاصة من القرابة والزوجية، اعتبرها الشارع أسبابًا لوراثة المال عن الميت[2] .

هذه الأسباب بعضها أقوىٰ من بعض، وبعضها أعم من بعض، وقد سبقت الإشارة إلىٰ شيء من هذا .

تفترق الأسباب الفعلية عن الأسباب القولية من حيث حكمها، وأثرها المترتب عليها، وقوتها بعدة وجوهٍ[3]:

الأول: أن الفعلية تصح من السفيه المحجور عليه دون القولية .

الثاني: أن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالبًا بخلاف القولية؛ فإنها موضع المماكسة والغبانة، ولا بد فيها من آخر ينازعه، ويجاذبه إلىٰ الغبن .

الثالث: إن الفعلية قد تكون لها داعية تدعو لها من جهة الطبع بخلاف القولية .

الرابع: أن الفعلية لا تستعقب مسبباتها ، والقولية تستعقبها .

الخامس: أن الملك الثابت بالفعلية علىٰ أصل الإمام مالك ضعيف[4] يزول بمجرد زوال ذلك الفعل، فيزول ملك الصيد بتوحشه، وانفلاته، ويزول ملك الأرض المحياة إذا عادت الأرض مواتًا،

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام: (١/ ٣٦٠-٣٥٢) .

(٢) فصل القول في هذه المسألة الشيخ محمد علي السايس في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية فمن أراد المزيد فعليه الرجوع إلىٰ بحثه: ص(٢٠٥-٢٠٤) .

لعل ما ذهب إليه الشيخ محمد علي السايس ليس علىٰ صواب، لأن الإرث إن قلنا: إنه في حكم البقاء لا حكم الثبوت ابتداءً ولا حكم الانتقال، فإنه يعتبر من الأسباب الفعلية إذ الوارث ملكه بموت المورث أو الموصي، وإن قلنا: إنه من الأسباب القهرية فلا داعي لذكره مع هذه الأسباب، لأن هذه الأسباب من أنواع الأسباب الاختيارية، والله أعلم. انظر المنثور للزركشي: (٣/ ٢٣٢) .

(٣)انظر تفصيل الكلام في تهذيب الفروق: (١/ ٣٥٤)، وكذلك الفروق: (١/ ٣٥٤) .

(٤) انظر الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٤)، وتهذيب الفروق معه، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٢) .

=

بخلاف الأسباب القولية، فإنها قوية فلا يزول الملك الثابت بها إلا بسبب ناقل[١] .

السادس: أن قاعدة تقديم الأخص على الأعم تأتي في الفعلية دون القولية .

و بيان هذه الأسباب يأتي على الوجه التالي:

الفرع الأول: الأسباب المنشئة للملك ابتداءً:

ومن هذه الأسباب:

أولاً: الاستيلاء وإحراز المباحات:

والمباحات هي التي لم تدخل في ملك محترم، ولا يوجد مانع شرعي من تملكها، فإذا كان كذلك صح تملكها لأي شخصٍ يسبق في الاستيلاء عليها وإحرازها، فالاستيلاء هو أساس الحيازة التي هي أساس الملكية، وهو يطلق على وضع اليد على الشيء، والظهور عليه مع التمكن منه[٢] .

والفقهاء لا يفرقون بين الاستيلاء والحيازة[٣] فالاستيلاء يشمل الحيازة وما في معناها.

وعلى هذا إنما يتحقق الا ستيلاء ويترتب عليه أثره –وهو الملك– إذا كان بفعلٍ يؤدي إلى التمكن وو ضع اليد، فإذا لم يكن فعل لم يتحقق الا ستيلاء، ولم يثبت ملك[٤]، ويصح من كل شخصٍ –ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه[٥] .

والاستيلاء المفيد للملك نوعان[٦]:

الأول: الاستيلاء الحقيقي: وهو يكون بوضع باليد فعلًا أو بالقوة، فالسمكة في الماء مباحة، وبصيدها

---

(١) هذا على رأي جمهور المالكية، خلافًا لجمهور الفقهاء .

انظر تفصيل المسألة: الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٤)، وتهذيب الفروق معه وكذلك بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣)، ورسائل ابن نجيم: ص(٥٢)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٤)، والأم: (٢/ ٢٦٦–٢٦٤)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٢) و(٨/ ١٢٦)، والمهذب: (١/ ٢٦٤)، وكشاف القناع: (٤/ ١٨٥)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦)، ومنتهى الإرادات: (٢/ ٤٢٧) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي الخفيف: ص(٢٦٦) .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٦٦) .

(٤) انظر: المغني: (١٣/ ١٢١، ١٩٠)، وبحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد: ص(١٨) وما بعدها، ومجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٨٠)، والمادة: (١٢٤٩، ١٢٥٠)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣، ١٩٤)، والفتاوى الهندية: (٥/ ١٤٧) .

(٥) انظر: الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٤) .

(٦) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٢٤٨)، والملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٦٩) .

=

تخرج عن كونها مباحة، وتدخل في ملكية صائدها، وكذلك الغزال في الصحراء، والماء في منابعه، والكلأ في منابته، والأشجار في البراري غير المملوكة فالأشجار المباحة بقطعها، والأثمار فيها بجنيها كل هذه الأشياء تملك بالاستيلاء عليها استيلاءً حقيقيًا:

وكذلك وضع اليد عليها بالقوة مثاله: إذا قصدتَ إلى الشجرة المباحة، أو إلى ثمرتها أو إلى الكلأ أو إلى الصيد قد وَقعَ في حفرةٍ، وصرتَ قريبًا من هؤلاء بحيث لو مددتَ يدك إليه لأخذته فإنك تملكه؛ لأنك قد استوليت عليه ووضعتَ يدك عليه بالقوة[١].

الثاني: الاستيلاء الحكمي: وهو يكون باستعمال الآلات، وتهيئة المباح؛ كأن توضع اليد عليه فعلًا أو بالقوةِ كوضع إناءٍ لجمع ماء المطر، ونصب شبكة لأجل الصيد[٢].

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي الاستيلاء على المباح، شرطان:

الأول: ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر إعمالًا لقاعدة: «**من سَبَقَ إلى مباح فقد ملكه**»[٣].

الثاني: أن يقصد بالاستيلاء عليه التملكَ، وعلى هذا فلو دخل شيء في ملك إنسانٍ دون قصد منه لا يتملكه، كما إذا وقعَ طائر في حجر إنسانٍ لا يتملكه وكذلك من نشر شبكته فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها، وإن كان للتجفيف لم يتملك ما يقع فيها.

ثانيا: الإقطاع:

وهو في اللغة: من أقطع فلانًا أرضًا: ملكه إياها[٤] ومنه: أقطع الإمامُ الجند البلد إقطاعًا: جعل لهم غلتها رزقًا، استقطعته: سألته الإقطاع، واسم ذلك الشيء الذي يقطع قطيعة[٥].

---

(١) الملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٢٦٩).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٢٤٨)، (١/ ٦٧٩).

(٣) انظر: الملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٢٦٩)، ويؤيد هذه القاعدة ما رواه أبو داود وغيره عن أسمر بن مضرس، قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته، فقال: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلمٌ فهو له». أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٤٥٣) في باب إقطاع الأراضين من كتاب الخراج والإمارة والفيء برقم: (٣٠٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ١٤٢)، والطبراني في المعجم الكبير: (١/ ٢٥٥)، قال المنذري غريب، وقال أبو القاسم البغوي: لا أعلم بهذا الإسناد حديثًا غير هذا. معالم السنن للخطابي: (٣/ ٤٥٣).

(٤) انظر: المعجم الوسيط: ص(٧٤٥).

(٥) انظر: الصحاح للجوهري: (٣/ ١٢٦٧)، والقاموس المحيط: ص(٩٧٣)، والمصباح المنير: ص(١٩٤).

=

وهو في الاصطلاح: هو جعل ولي الأمر رقبة الأرض لشخصٍ من الأشخاص فيصبح مالكها ومستغلها[١].

فالإقطاع بالمفهوم المذكور عبارة عن طريقة لتوزيع الأراضي الموات أو نحوها بين الأشخاص القادرين على استثمارها. وهذا التوزيع بالنسبة للأرض لا يختص بالاستثمارات الزراعية فقط، وإنما يمكن أن يكون ذلك لأجل إنشاء وحدات سكنية ونحوها. فقد وردَ أن النبي ﷺ عندما وصل المدينة، قامَ بإقطاع لبعض الصحابة أماكن لبناء دور لسكناهم[٢]، وأنه ﷺ خطَّ لعمر بن حريث دارًا بالمدينة بقوسٍ وقال له: **أزيدك أَزْبُدُكَ**[٣]؟[٤].

والإقطاع عند الفقهاء -رحمهم الله- ثلاثة أنواعٍ[٥]:

الأول: إقطاع تمليك.

الثاني: إقطاع استغلال.

الثالث: إقطاع إرفاق.

النوع الأول: إقطاع تمليك: ينقسم إقطاع التمليك إلى أربعة أضرب[٦]:

الأول: إقطاع الموات التي لم يدخلها إعمار، ولم يملكها أحد ولم تتعلق مصلحة الجماعة بها، فللإمام أن يقطع من هذه المواتِ لمن يحييه، فإذا فأحياه إحياءً شرعيًا صار ملكًا له.

والدليل على ذلك إقطاع النبي ﷺ للزبير بن العوام ركض فرسه من موات النقيع، فأعطاه ثم

---

(١) التعريفات الفقهية: ص(١٨٧)، وقيود الملكية الخاصة: ص(٢٨٧).

(٢) الأم للإمام الشافعي: (٣/ ٢٧٢).

(٣) أزبدك: أعطيك وأمنحك، وبابه ضرب. وفي لفظ: أزيدك؟ أزيدك؟

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٤٤٣)، في باب في إقطاع الأرضين من كتاب الخراج والإمارة، والفي، برقم: (٣٠٦٠)، عن عمرو بن حريث. قال الشيخ الألباني: «إسناده ضعيف». انظر: ضعيف سنن أبي داود: ص(٢٤٦) برقم: (٣٠٦٠).

(٥) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٩٨-١٩٠)، والأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى: ص(٢٢٧) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٦٢) وما بعدها و الملكية في الشريعة الإسلامية ص (٢٨٥) وما بعدها.

(٦) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٩٠) وما بعدها، وللقاضي أبي يعلى: ص(٢٢٩-٢٢٨).

رمى الزبير بسوطه رغبة منه في الزيادة، فقال النبي ﷺ: «**أعطوه منتهى سوطه**»(١) .

الثاني: إقطاع ما كان عليه آثار عمارة جاهلية، وصـار بطول خرابه وبعد زمانه عاطلًا مواتًا، فحكمه حكم الموات، يجوز للإمام إقطاعه إقطاع تمليك والدليل عليه ما رواه طاوس بن كيسان(٢) مرسلًا: «عادي(٣) الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»(٤) .

الثالث: إقطاع ما كان أصله من أملاك المسلمين ثم خرب حتى صار مواتًا، فإن علم مالكه فهو له ولورثته من بعده، أما إن تعذر ذلك فهو من أموال بيت مال المسلمين، وللإمام أن يقطعه على الصحيح من أقوال أهل العلم إن لم يعرف مالكه(٥) .

الرابع: إقطاع الأرض العامرة والواقعة في بلاد الحرب، ولكن يتوقع فتحها فيجوز للإمام أن يقطعها لمن يتملكها عند فتحها(٦) والدليل عليه ما روي أن النبي ﷺ: أقطع تميمًا الداري حيرونَ(٧) ، وأقطع أبا

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٤٥٣) في باب في إقطاع الأراضين من كتاب الخراج والإمارة والفيء، عن ابن عمر، برقم: (٣٠٧٢)، وفي إسناده عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم وفيه مقال . وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود برقم: (٣٠٧٢) .

(٢) هو طاووس بن كيسان، أبو عبد الرحمن الفارسي اليمني الجندي، الحافظ الفقيه، القدوة الثقة الفاضل، سمع من زيد بن ثابت وأبي هريرة رضي الله عنهما وغيرهم، روى عنه عطاء ومجاهد، توفي سنة (١٠٦)هـ .
انظر: سير أعلام النبلاء: (٥/ ٣٨)، تقريب التهذيب: (١/ ٤٤٨) .

(٣) «عاديُّ الأرض»: بتشديد المثناة التحتية يعني القديم الذي من عهد عاد وهلم جرًّا .
وقال القاضي: عاديها الأبنية وضياع القديمة التي لا يعلم لها مالك، نسبة إلى عاد وقوم هود لتقادم عهدهم للمبالغة .
والمراد هنا: «الأرض غير المملوكة» الآن، وإن تقدم ملكها ومضت عليه الأزمان .
انظر: فيض القدير: (٤/ ٣٩٤) .

(٤) الحديث أخرجه أبو يوسف في الخراج: ص(٦٥)، عن طاووس بن كيسان اليماني مرسلًا، والبيهقي، في السنن الكبرى: (٦/ ٢٣٧) عن طاووس مرسلًا وعن ابن عباس موقوفًا عليه، برقم: (١١٧٨٤، ١١٧٨٥)، وكذلك أخرجه في معرفة السنن والآثار، برقم: (٣٧٣٧) . قال الألباني: «وهذا إسناد صحيح مرسل» . انظر: إرواء الغليل: (٦/ ٣) .

(٥) انظر: الأحكام السلطانية: ص(١٩١)، والأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى: ص(٢٢٨)، والخراج للإمام أبي يوسف: (٦٥) وما بعدها .

(٦) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٩١) .

(٧) هي بكسر الحاء ويقال بفتح الحاء وهي اسم القرية التي قبر فيها إبراهيم الخليل عليه السلام بالبيت المقدس، انظر: =

ثعلبة الخشني أرضًا من الروم»[١] .

النوع الثاني: إقطاع استغلال: وهو ينقسم على ضربين:

الأول: وهو يعود على الأرض، بأن يقطع الإمام جزءًا من الأرض التي يجوز إقطاعها لرجلٍ يستغلها من غير تأبيدٍ ولا تمليك .

قال الماوردي في إيضاح هذا النوع من الإقطاع: «فهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته؛ لأنه قد صار باصطفائه لبيت المال ملكًا لكافة المسلمين فجرىٰ علىٰ رقبته حكم الموقوف المؤبدة، والسلطان فيه بالخيار علىٰ وجه النظر في الأصلح بين أن يستغله لبيت المال كما فعل عمر ﷺ وبين أن يتخيّر له من ذوي المكنة، والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدر بوفور الاستغلال ونقصه، كما فعلَ عثمان ﷺ ويكون الخراج أجرةً تصرف في وجوه المصالح»[٢] .

فعلم من هذا أن اقطاع الاستغلال للأرض مما كان العمل به جاريًا في صدر الإسلام.

الثاني: ما يتعلق بما يخرج من الأرض، ذلك بأن يقطع الإمام مما يخرج من الأرض.

النوع الثالث: إقطاع الإرفاق: وهو علىٰ ضربين أيضاً:

الأول: إقطاع المعادن الباطنة: وهي التي لا يتوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة وغيرها[٣]، فللإمام أن يقطع منها رجلًا بالمقدار الذي يستطيع معه العمل فيما أقطع، وإقطاعها إقطاع إرفاق لا إقطاع تمليك، لا يملك به رقبة المعدن، ويملك به الارتفاق بالعمل فيه مدة مقامه عليه[٤]، والدليل علىٰ ذلك أن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية، جَلْسِيَّهَا[٥]

معجم البلدان: (٢/ ٥٠).

(١) الخراج لأبي يوسف: ص(٢١٦)، وكتاب الأموال لأبي عبيد: ص(٣٨٨)، وكذلك أخرجه الإمام أحمد في المسند: (٤/ ١٩٣-١٩٤)، والإمام عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، رقم: (٨٥٠٣)، وإسناده صحيح، قاله الشيخ الأرناؤوط .

(٢) الأحكام السلطانية: ص(١٩٣)، وكذلك للقاضي أبي يعلىٰ: ص(٢٣١) .

(٣) انظر: المغني: (٨/ ١٥٦) .

(٤) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٩٨-١٩٧) .

(٥) الجَلْسِي: ما كان من أرض نجد، وبه قال أبو عبيدة، وقال عبد الله بن وهب: أعلاها. انظر: الأحكام السلطانية =

وغوريها[١]، وقال غيره: جَلْسِيَّها وغورِيَّها وحيث يصلح للزرع من قُدْسٍ[٢] .

الثاني: إقطاع ما يتعلق بالشوارع، والأسواق والرحاب التي ليست ملكًا لأحد فيجوز للإمام أن يقطع منها مكانًا يكون صاحبه أحق به من غيره، ولا يجوز له تملكه بل يكون بالجلوس فيه أحق لبيعه وشرائه ونحو ذلك من المصالح .

قال ابن قدامة: «ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحدٍ، ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز، ... وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه، ولا يحل للإمام تمكينه بعوضٍ ولا غيره»[٣] .

ثالثا: القهر على الكفار وأموالهم وأراضيهم:

وهو الاستيلاء التام على الكفار وأموالهم وأراضيهم بالحرب والقتال وهو سبب من أسباب التملك أيضًا في الشريعة الإسلامية .

قال ابن قدامة –رحمه الله– في موضع التعليل: «إن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر...»[٤] وقد ذكر الكاساني الحنفي[٥] وابن رجب الحنبلي[٦] أن الاستيلاء سبب يفيد الملك فيما استولى عليه المسلمون سواء أكان ذلك بمجرد الاستيلاء أم بإحرازها في دار الإسلام .

واختلف الفقهاء هنا في مسألة و هي هل يثبت الملك للمسلمين فيما استولوا عليه بمجرد القهر والغلبة أم لا بد لها من اشتراط الإحراز؟

للماوردي: ص(١٩٨) .

(١) الغوري: ما كان من بلاد تهامة، قال ابن وهب أسفلها، انظر: الأحكام السلطانية: ص(١٩٨) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٤٤٤) في باب في إقطاع الأرا ضين من كتاب الخراج والأمارة والفيء، عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، برقم: (٣٠٦٢، ٣٠٦٣)، والإمام الأحمد في المسند: (١/ ٣٠٦) . وهو حديث حسن لغيره . انظر: مسند الإمام أحمد بتحقيق شعيب الأرناؤوط: (٥/ ٧) .

(٣) المغني: (٨/ ١٦٢-١٦١) .

(٤) المغني لابن قدامة: (١٣/ ١٢١) .

(٥) بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١) .

(٦) القواعد لابن رجب: ص(١٨١) .

=

ويأتي تفصيل الكلام في المسألة على النحو المذيل:

١-اتفق الفقهاء على أن الملك يثبت للمسلمين فيما ا ستولوا عليه إذا تم الا ستيلاء عليه ثم إحرازه في دار الإسلام بعد الفراغ من القتال كما أنهم اتفقوا على أنه يتعلق أصل الحق العام في تملك ما ظهره عليه المسلمون بمجرد القهر والغلبة(١) .

٢-واختلفوا فيما إذا تم الاستيلاء عليه فهل يثبت لهم الملك بمجرد القهر والغلبة أم لا؟ على قولين:

القول الأول: إن كان المال الذي تم الاستيلاء عليه من الكفار منقولًا أخذ بالقهر والغلبة فإن الملك يثبت فيه بمجرد الغلبة والاستيلاء ولو كان في دار الحرب، قبل الإحراز بدار الإسلام وقبل القسمة .

وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤) إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم بم يتحقق ثبوت الملك في المال المستولى عليه، فقال بعضهم إن الملك لا يتحقق فيه إلا بالقسمة بين الغانمين فالملك موقوف عليها(٥) .

وقال بعضهم: إن الملك يعتبر موقوفًا إلى الإحراز، فإن سلمت الغنيمة إلى القسمة بَانَ ملكهم على الشيوع، وبالقسمة ولو في دار الحرب يثبت الملك ويستقر(٦) .

وقال بعضهم: إن الملك يثبت بنفس الاستيلاء بدار الحرب بعد الفراغ من القتال لزوال ملك

---

(١) انظر: فتح القدير: (٤/ ٣٠٩)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٢٧)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٥١)، وحاشية الدسوقي: (٢/ ١٩٤)، ومنح الجليل: (١/ ٧٥٠-٧٤٥)، والمهذب: (٢/ ٢٤١)، ومغني المحتاج: (٤/ ٢٣٤)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٧٣)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ١١٧) وما بعدها، والقواعد لابن رجب: ص(١٨١)، والحاوي: (٨/ ٤٠٤) .

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٢/ ١٩٤) .

(٣) انظر: نهاية المحتاج: (٨/ ٧٣) .

(٤) انظر: المغني: (١٣/ ١٠٧) .

(٥) انظر: البحر الرائق: (٥/ ٨٤-٨٣)، والأم: (٤/ ٦٦)، ومنح الجليل: (١/ ٧٢٠)، وشرح السير الكبير: (٣/ ١٠١٠)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٧٣) .

(٦) انظر: المصادر السابقة .

=

الكفار بالاستيلاء، ووجود مقتضىٰ التمليك هو انقضاء القتال[١] .

واستدلوا علىٰ ما ذهبوا إليه من ثبوت الملك في المال المستولىٰ عليه من الكفار، بما يأتي:

١-بعموم الأدلة الدالة علىٰ استحقاق الغنائم كقوله تعالىٰ: ﴿ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ پ پ پ ٺ ٺ ٺ ... ﴾[٢] .

٢-ما رواه أبو إسحاق الفزاري[٣] قال: قلت للأوزاعي: هل قسم رسول الله ﷺ شيئًا من الغنائم بالمدينة؟ قال: لا أعلمه، إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ويقسمونها في أرض عدوهم ولم يقفل رسول الله ﷺ عن غزاةٍ قط أصاب فيها غنيمة إلا خَمَّسَه وقسمه من قبل أن يقفل، من ذلك غزوة بني المصطلق، وهوازن، وخيبر[٤] .

٣-ولأن الملك ثبت فيها بالقهر والغلبة والاستيلاء فصارَ كما أحرز في دار الإسلام فصحت قسمتها أيضًا[٥] .

٤-ولأنه وجد الاستيلاء علىٰ مالٍ مباحٍ فيفيد الملك استدلالًا بالاستيلاء علىٰ الحطب والحشيش ولا شك أن المستولىٰ عليه مال مباح؛ لأنه مال الكافر وأنه مباح والدليل علىٰ تحقق الاستيلاء أن الاستيلاء عبارة عن إثبات اليد علىٰ المحل وقد وجد ذلك حقيقة وإنكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهزامهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر[٦] .

القول الثاني: إن الملك لا يثبت للغزاة بدار الحرب بالاستيلاء والغلبة ولكن ينعقد سبب الملك فيها علىٰ أن يصير علة عند الإحراز بدار الإسلام وعلىٰ هذا لم يعتبر قسمة الغنائم في دار الحرب قسمة تمليك، وإنما هي قسمة حملٍ؛ لأن ملك الكفار قائم إذ الملك لا يتم عليها إلا بالاستيلاء

---

(١) انظر: نهاية المحتاج: (٨/ ٧٣) .

(٢) الآية: (٤١) من سورة الأنفال .

(٣) هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن الحارث الفزاري الشامي، كان من أئمة الحديث، حدث عنه الأوزاعي والثوري وغيرهما، وثقه النسائي وغيره، توفي سنة (١٨٦)هـ .

انظر: التاريخ الكبير: (١/ ٣٢١)، وتهذيب التهذيب: (١/ ٣٥١)، وسير أعلام النبلاء: (٨/ ٥٣٩) .

(٤) المغني لابن قدامة: (١٣/ ١٠٧) .

(٥) انظر: المغني: (٣/ ١٠٨) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١) .

التام، ولا يحصل إلا بإحرازها في دار الإسلام، وما دام الغزاة في دار الحرب فاسترداد الكفار ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالًا على السواء، والملك كان ثابتًا لهم فلا يزول مع الاحتمال .

هذا قول الحنفية[1] .

فالحنفية بهذا القول جعلوا الملك فيما استولى عليه المسلمون من الكفار وأموالهم ثلاث مراتب:

الأولى: أنه ينعقد سبب الملك بمجرد الأخذ والاستيلاء وبه يتعلق حق التملك بالمال المستولى عليه ولكن لا تثبت الملكية قبل الإحراز بدار الإسلام .

الثانية: أنه يتأكد ثبوت الملك ويستقر ذلك بعد إحرازه بدار الإسلام، وقبل القسمة ولكن لا تثبت الملكية الخاصة لكل واحدٍ من الغانمين .

ذكر الكاساني -رحمه الله- في هذا: وأما بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فثبت الملك أو يتأكد الحق ويتقرر لأن الاستيلاء الثابت انعقد سببًا لثبوت الملك أو تأكد الحق على أن يصير علة عند وجود شرطها وهو الإحراز بدار الإسلام وقد وجد إلا أن الملك الخاص لا يتحقق بذلك قبل القسمة لأن الموجود قبل القسمة ملك عام[2] .

الثالثة: أنه يثبت الملك الخاص لكل واحدٍ من المجاهدين فيما هو نصيبه بعد الإحراز بدار الإسلام والقسمة؛ لأن القسمة إفراز الأنصباء وتعيينها[3] .

واستدلوا بما يأتي:

١-قالوا: إن الاستيلاء إنما يفيد الملك إذا ورد على مالٍ مباحٍ غير مملوكٍ ولم يوجد هـٰهنا، لأن ملك الكفرة قائم؛ لأن ملك الكفرة كان ثابتًا لهم، والملك متى ثبتَ الإنسان لا يزول إلا بإزالته أو يخرج المحل من أن يكون منتفعًا به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعًا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك، أما الإزالة وهلاك المحل فظاهر العدم

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١)، والكتاب مع اللباب: (٤/ ١٢١)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٥٢) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٢) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٢)، وفتح القدير: (٤/ ٣١٠)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٥٢) .

=

وأما قدرة الكفرة على الانتفاع بأموالهم فلأن الغزاةَ ما داموا في دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل[١] .

٢-ولأن الملك لا يتم علهيا إلا بالاستيلاء التام، وهو لا يحصل إلا بإحرازها في دار الإسلام[٢].

وعلى هذا الأصل فرع الحنفية مسائل كثيرة تتعلق بالملكية[٣] .

الذي يظهر لي -والعلم عند الله ﷻ- هو أن الملك كحق من الحقوق يثبت فيما استولى عليه المسلمون من الكفار وأموالهم بمجرد القهر والغلبة، والاستيلاء التام، ولا يشترط لذلك إحرازه بدار الإسلام، وذلك لما يأتي:

١-لعموم الأدلة الدالة على أن الاستيلاء التام يفيد الملك .

٢-ولأن قولهم: بانعقاد سبب الملك يلزم القول بثبوت الملك عند وجود سببه .

٣-ذكر ابن قدامة -رحمه الله- والدليل على ثبوت الملك فيها أمور ثلاثة:

الأول: أن سبب الملك الاستيلاء التام وقد وجد .

الثاني: أن ملك الكفار قد زال عنها؛ بدليل أنه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذي حصلوا في الغنيمة، ولا يصح تصرفهم فيها، ولم يزل ملكهم إلى غير مالك إذ ليست في هذه الحال مباحة فعلم أن ملكهم زال إلى الغانمين .

الثالث: أنه لو أسلم عبد الحربي، ولحق بجيش المسلمين صار حرًا، وهذا يدل على زوال ملك الكافر، وثبوت الملك لمن قهره[٤] .

رابعا: تملك اللقطة بعد التعريف:

وهو سبب من الأسباب المنشئة للملك و يأتي بيانه على الوجه التالي:

أولًا: التعريف باللقطة:

واللقطة في اللغة: بفتح القاف: ا سم للمُلْتَقِط؛ لأنه ما جاء على فُعَلَةٍ فهو ا سم للفاعل، كقولهم:

---

(١) بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٢)، وفتح القدير: (٤/ ٣٠٩) .

(٣) انظر: هذه المسائل الفرعية في بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١) .

(٤) انظر: المغني: (١٣/ ١٠٨) .

=

هُمَزَة، ولمزة، و ضُحكه وهُزأة، واللقطة بسكون القاف: المال الملقوط، مثل الضحكة: الذي يضحك منه، والهزأة الذي يهزأ به، وقيل: هي -بفتح القاف- اسم للمال الملقوط أيضًا .

وهي من لقطت شيئًا إذا أخذته وأصله الأخذ من حيث لا يُحَسُّ فهو ملقوط ولقيط(١) .

وهي في الا صطلاح: ما وجد في مو ضع غير مملوك من مالٍ أو مختص ضائع من مالكه بسقوطٍ أو غفلةٍ ونحوها لغير حربي ليس بمحرز ولا ممتنعٍ بقوته، ولا يعرف الواجد مالكه(٢) .

قولهم: «ما وجد في موضعٍ غير مملوك»: خرج به ما وجد في أرض مملوكة، فإنه لمالك الأرض إن ادعاه، وإلا فلمن ملك منه، وهكذا حتىٰ ينتهي إلىٰ المحيي، فإن لم يدعه فحنيئذ يكون لقطة .

قولهم: «بسقوط أو غفلة»: خرج به ما إذا ألقت الريح ثوبًا في حجره مثلًا أو ألقىٰ في حجره هارب كيسًا ولم يعرفه، فهو مال ضائع يحفظه ولا يتملكه، وفرقوا بينه وبين المال الضائع، بأن الضائع ما يكون محرزًا بحرز مثله كالموجود في مودع الحاكم وغيره، من الأماكن المغلقة ولم يعرفه مالكه، واللقطة ما وجد ضائعًا بغير حرز .

واشتراط الحرز فيه دونها إنما هو للغالب، وإلا فمنه ما لا يكون محرزًا كما مرَّ في إلقاء الهارب .

قولهم: «لغير حربي»: خرج به ما وجد بدار الحرب، وليس بها مسلم فهو غنيمة يخمس وليس بلقطة .

وقولهم: «ليس بمحرز»: احتراز عما يكون محرزًا فإنه يعتبر ضائعًا لا لقطة .

قولهم: «ولا ممتنع بقوته»: خرج به ما يكون ممتنعًا بقوته مثل الإبل فإنها ضالة، ولا تدخل في حد اللقطة عند طائفةٍ من العلماء(٣) .

ثانيًا: هل اللقطة يملكها ملتقطها أم لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة علىٰ ثلاثة أقوالٍ:

القول الأول: أنه إذا عرفها حولًا فلم تعرف، ملكها ملتقطها، وصارت من ماله كسائر أمواله غنيًا

(١) انظر: الصحاح للجوهري: (٣/ ١١٥٧)، والمصباح المنير: ص(٢١٢)، والمطلع علىٰ ألفاظ المقنع: ص(٣٤٠)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٢٩٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٦) .

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤٠٦) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٢٠١-٢٠٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٦) .

=

كان الملتقط أو فقيرًا .

هذا مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، ويروىٰ نحو ذلك عن عمر، وابن مسعود وعائشة -رضي الله عنهم- وغيرهم[٣] .

أدلة القول الأول:

واستدلوا بما يأتي:

١-ما رواه زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق، فقال: **اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها**[٤]، وفي لفظ: **وإلا فهي كسبيل مالِكَ**[٥]، وفي لفظ: «**ثم كلها**»[٦] وفي لفظ: «**فانتفع بها**»[٧] .

٢-وعن أبي بن كعب قال: أصبتُ صرةً فيها مائة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال: «**عرفها حولًا**»، **فعرفتها حولًا، فلم أجد من يعرفها ثم أتيتُه فقال: ((عرفها حولًا»، فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثًا، فقال: «احفظ وعاءها وعددها ووِكَاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها**»[٨].

وجه الدلالة من الحديث: أنه أمر بالاستمتاع بها علىٰ سبيل التملك، لا علىٰ سبيل الوديعة والدين كما تدل عليه ألفاظ الحديث الأخرىٰ .

٣-ولأن هناك آثارًا تدل علىٰ العمل بالانتفاع بها عند أصحاب رسول الله ﷺ منها:

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٨) وما بعدها .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٩٩) .

(٣) انظر: المغني: (٨/ ٢٩٩) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٦٦-١٦٥) في باب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٤٩-١٣٤٧) من كتاب اللقطة .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب اللقطة (٢/ ٢٥٣) برقم: (٤٤٨٣) ، ترقيم الشيخ خليل شيحا .

(٦)انظر :صحيح مسلم برقم: (٤٤٧٩).

(٧)انظر: صحيح مسلم برقم: (٤٤٨٣) من رواية ابن نمير .

(٨) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٩٤، ١١٠) في باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها ... من كتاب اللقطة، برقم: (٢٤٢٦)، و(٢٤٣٧)، ومسلم في صحيحه: (١٢/ ٢٥٣-٢٥٢) في باب معرفة العفاص والوكاء وحكم ضالة الغنم والإبل من كتاب اللقطة برقم: (٤٤٨١) .

=

أ-عن علي رضي الله عنه أنه وجد دينارًا فتصرف فيه(١) .

ب-عن سلمىٰ بنت كعب(٢) قالت: وجدت خاتمًا من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت: تمتعي به(٣) .

٤-ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير(٤) .

القول الثاني: لا يجوز له أن يتملكها بل عليه أن يتصدق بها، فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والغرم إلا أنه يجوز أن يتملكها إذا كان الملتقط فقيرًا .

هذا مذهب الحنفية(٥)، والمالكية(٦) إذا كان الملتقط غنيًا له أن يتملكها وإلا فلا، وعلىٰ هذا فإن اللقطة عندهم لا تملك، بل تبقىٰ علىٰ ملك مالكها إذ أن تركها أو وجودها في مكان تتعرض فيه للضياع لا يزول به ملك مالكها .

أدلة القول الثاني:

١-استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن اللقطة فقال: «**عرفها حولًا، وروى ثلاثة أحوال فإن جاء بها وإلا تصدق بها، فإذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها**»(٧) .

٢-ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها، ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك، فلم يزل عنه

---

(١) الأثر أخرجه أبو داود في سننه: (١/ ٣٩٨) من كتاب اللقطة .

(٢) وهي سلمي بنت كعب الأسدية اخت ناجية، روت عن عائشة رضي الله عنها حديثا في اللقطة. انظر: الطبقات الكبرىٰ لابن سعد (٨/ ٤٩٥) و الثقات لابن حبان (٤/ ٣٥١).

(٣) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف: (٦/ ٤٦١) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٠٢)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٣٠٧) .

(٦) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٣٧٣-٣٧٢) .

(٧)الحديث أخرجه الدارقطني في سننه: (٤/ ١٨٢)، وعبد الرزاق في المصنف: (١٠/ ١٣٩-١٣٨)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٤٥٢) . الحديث إسناده ضعيف، وفيه خالد بن يوسف وهو السمتي -وهو ضعيف- . انظر: تحقيق الدارقطني لمجدي الشورىٰ: (٤/ ١٠٨) .

=

كغيرها[١] .

٣-واســتدل الحنفية على أن له أن يتملكها إذا كان فقيرًا من غير ذوي القربى بما رواه عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال: «**من وجدَ لقطة فليشهد عليها ذا عدلٍ، ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء**»[٢] .

قالوا: ما يضاف إلى الله تعالى إنما يتملكه من يستحق الصدقة[٣] .

٤- قالوا إنما يجوز الانتفاع بها إذا كان فقيرًا لما في ذلك من تحقيق النظر من الجانبين نظرًا لثواب للمالك، ونظر الانتفاع للملتقط، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره[٤] .

القول الثالث: لا يجوز للواجد بعد تعريف الحول أن يتملكها، بل عليه أن يضـعها في بيت المال وهذا قول عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما–[٥] .

دليل القول الثالث:

قالوا: إنما يكون بيت المال مالكًا لمالٍ لا مالك له، ولذا عليه أن يضعها في بيت مال المسلمين .

بعد عرض هذه الأقوال مع أدلتها -**الذي يظهر لي** -والعلم عند الله ﷻ- هو القول الأول وذلك لما يأتي:

١-لقوة ما استدل به أصحاب القول الأول .

٢-ولأن روايات الحديث تدل صراحة على أنه يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة بعد تعريفها حولًا .

٣ – لأنه مم عمل به أصحاب رسول الله ﷺ كما دلت عليه الآثار المروية عنهم.

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ٢٩٩) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سـننه: (٣/ ٣٣٥) في باب التعريف باللقطة من كتاب اللقطة، وابن ماجة في سـننه: (٢/ ٨٣٧)، والإمام أحمد في مسـنده: (٤/ ١٦٢، ٢٦٦) . والحديث صـحيح . انظر: صـحيح أبي داود: (١/ ٣٢١) برقم: (١٥٠٣) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٠٢) .

(٤) انظر: تبيين الحقائق: (٣/ ٣٠٧) .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٥) .

=

خامسا: خلط الغاصب المغصوب بماله أو بمالٍ آخر لا يتميز :

فإنه يوجب ملكه إياه[١] وتفصيله على النحو التالي:

أولًا: معنى الغصب لغةً واصطلاحًا:

الغصب لغةً: أخذ الشيء ظلمًا وقيل: أخذ ظلمًا جهارًا[٢] . واصطلاحًا: هو أخذ مالٍ متقوم محترم على سبيل المجاهرة بغير إذن المالك على وجهٍ يزيل يد المالك إن كان في يده، أو يقصر يده إن لم يكن في يده[٣]، وقيل: هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق[٤] .

ثانيًا: متى يملك الغاصب الشيء المغصوب بالضمان؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وذهبوا إلى مذاهب تفصيلها على الترتيب المذيل:

أ-يملك الغاصب الشيء المغصوبَ بعد ضمانه من وقت وجود الغصب، حتى لا يجتمع البدل، والمبدل في ملك المالك، وينتج عن التملك أن الغاصب لو تصرفَ في المغصوب بالبيع، أو الهبة أو الصدقة قبل أداء الضمان ينفذ تصرفه، كما تنفذ تصرفات المشتري في المشتري شراء فاسدًا .

وكما لو غَصَب رجل عينًا فغيبَّها، فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب؛ لأن المالك ملك البدل كله، والمبدل قابل للنقل فيملكه الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك شخصٍ واحدٍ.

هذا مذهب الحنفية[٥] .

وكذلك عند فقهاء الحنفية إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها، وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب و ضمنها، وهذا كمن غصب شاةً فذبحها، ثم شواها، أو طَبَخَها أو غصب حنطةً فطحنها أو حديدًا فاتخذه سيفًا أو صُفرًا فعمله آنيةً وهكذا[٦] .

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣١٧) .

(٢) انظر: القاموس المحيط: ص(١٥٤)، والصحاح للجوهري: (١/ ١٩٤)، والمصباح المنير: ص(١٧٠) .

(٣) انظر: تكملة فتح القدير مع العناية: (٧/ ٣٦١)، والكتاب مع اللباب: (٢/ ١٨٨)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٤٣) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٦٠)، وانظر تعاريفه في: الشرح الكبير للدردير: (٣/ ٤٤٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٧٥)، وكشاف القناع: (٤/ ٨٣)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص(٣٣٠) .

(٥) انظر: المبسوط: (١٦/ ١٥)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٥٣-١٥٢)، واللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٠٧) وما بعدها، ومجلة الأحكام العدلية: (١/ ٤٩٥)، مادة رقم: (٨٩٩) .

(٦) انظر: الكتاب مع اللباب: (٢/ ١٠٧) .

وعلىٰ هذا فإن الغصب يثبت به الملك إذا كان المحل قابلًا للثبوت ابتداءً وذلك من وقت وجود الغصب .

والدليل علىٰ ذلك: أن ملك الغاصب يزول عن الضمان، فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل، ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمانِ وأنه بدل المغصوب لأنه مقدر بقيمته، وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل في ملك المالك، وهذا لا يجوز، وإذا زالَ ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده علىٰ مالٍ قابلٍ للملك لا ملك لأحد فيه، فيملكه كما يملك الحطب والحشيش بإثبات يده عليهما، وبه تبيَّنَ أن ما هو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك[1] .

وشرط ثبوت الملك في المضمون عند الإمام أبي حنيفة -رحمه الله-[2] هو اختيار الضمان، فالمغصوب قبل اختيار الضمان علىٰ حكم ملكه أي ملك المغصوب منه، وعند أبي يوسف ومحمد[3] -رحمهما الله- هذا ليس بشرطٍ، ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعًا .

والملك الثابت للغاصب في المضمون يظهر في حق نفاذ التصرفات حتىٰ لو باعه أو وهبه، أو تصدق به قبل أداء الضمان ينفذ، واختلفوا في أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يُطعمَه غيره، قبل أداء الضمان، فإذا حصل فيه فضل وزيادة هل يتصدق بالفضل أم لا؟

فعند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- أنه لا يحل له الانتفاع به حتىٰ يرضي صاحبه وإن حصل فيه فضل يتصدق به استحسانًا[4] .

وذلك لما رواه أبو بردة بن أبي موسىٰ > أن النبي ﷺ زارَ قومًا من الأنصار، فقدموا إليه شاةً مصلية، فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه، فقال: عليه الصلاة والسلام: **إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حقٍ**، فقالوا: هذه الشاة لجارٍ لنا، ذبحناها لنرضيه بثمنها، فقال عليه الصلاة

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٥٢) .

(٢) المصدر السابق: (٧/ ١٥٣) .

(٣) المصدر السابق: (٧/ ١٥٣) .

(٤)استحسان في اللغة: عدّ الشيء واعتقاده حسنا، و في الاصطلاح: "هو اسم لدليل من الأدلة الأربعة يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوىٰ منه". انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: ص (٢٤).

=

والسلام: «**أطعموها الأسارى**»[١] .

قال محمد بن الحسن: «ولو كان هذا اللحم باقيًا على ملك مالكه الأول لما أمر به النبي ﷺ أن يطعم للأسارى، ولكن لما رآه خرج من ملك الأول، وصار مضمونًا على الذي أخذه، أمر بإطعامه؛ لأن من ضمن شيئًا فصار له من وجه غصب فإن الأولى أن يتصدق به، ولا يأكله وكذلك ربحه»[٢] .

فجعل عليه الصلاة والسلام لهم تملكها بالعمل، لأنّه أمرهم بإطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعَهم ولكنه أمرهم بالتصدق بها استحسانًا ولم يطلق لأصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالًا طيبًا لأطلق مع خصاصتهم وشدة حاجاتهم إلى الأكل[٣] .

وعند أبي يوسف، والحسن وزفر -رحمهم الله- أنه يحل له الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان، ولا يلزمه التصدق بالفضل إن كان فيه فضل، وهو القياس[٤] عند الحنفية إذ أن المغصوب مضمون لا شك فيه، وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصلهم، فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما في سائر أملاكه، ويطيب له الربح؛ لأنه ربح ما هو مضمون، ومملوك، وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عند الإمام أبو حنيفة فربح المملوك المضمون أولى[٥] .

ب-يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن أو كفالةٍ خشية ضياع حق المالك، ولا يجوز

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٦٢٨-٦٢٧) في باب اجتناب الشبهات من كتاب البيوع، برقم: (٣٣٣٢)، عن رجل من الأنصار والإمام أحمد في مسنده: (٥/ ٢٩٤)، برقم: (٢٢٠٤)، والبيهقي في السنن الكبرى: (٥/ ٣٣٥) والطبراني في المعجم الأوسط: (٢/ ١٦٨)، والإمام محمد في كتاب الآثار: (٧/ ٩) قال الزيلعي: وهذا سند الصحيح، إلا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له في الصحيح، وخرج له البخاري في جزئه في رفع اليدين، قال فيه ابن سعد ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات .

انظر: نصب الراية: (٤/ ١٦٨) .

(٢) نصب الراية: (٤/ ١٦٩) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٥٣) .

(٤) القياس في اللغة: عبارة عن التقدير، يقال: قست الفعل بالفعل: إذا قدرته وسوَّيته، وعند الأصوليين: هو تقدير النوع بالأصل في الحكم والعلة.انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: ص (١٧٩).

(٥) المصدر السابق: (٧/ ١٥٣) .

=

لمن وهب له منه شيء قبوله ولا الأكل منه مثلًا ولا السكنى فيه مثل أيّ شيء حرام، لكن لو قلت عين المغصوب عند الغاصب، أو استهلكه أو حصل الفوت عنده فالأرجح عندهم: أنه يجوز للغاصب الانتفاع به، ويلزم قيمة الشيء وبناءً عليه أفتى بعضهم بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين، فذبحوها، لأنه يذبحها ترتيب القيمة في ذمة الغاصب إلا أنهم قالوا: ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه، وعرضه، ومعناه: أن الغاصب يتملك بالضمان بالشيء المغصوب من يوم التلف .

هذا قول المالكية[١]، والشافعية في وجهٍ[٢] والحنابلة في المذهب[٣] . إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا بذلك إذا خلط المغصوب بما لا يمكن تمييزه، بحيث تعذر عليه رد عين مال المغصوب منه بالخلط، وهذا عندهم يشبه التالف .

فالمالكية قالوا[٤]: وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول وهو أن لا يكونَ أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل وهو قد يكون يسيرًا لا ينتقل به الشيء عن اسمه وهذا ليس بفوتٍ، فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولًا، وقد يكون كثيرًا بحيث ينتقل به المغصوب عن اسمه وذاته كالخشبة يعمل منها تابوتًا، والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليًا أو دراهم، وهذا فوت يلزم الغاصبَ قيمة المغصوب يوم غصبه .

فالأصل عندهم هو كل ما يعتبر فوتًا يضمنه الغاصب، وبالتالي يتملكه بالضمان، وضابط الفوت ما ينتقل به الشيء عن اسمه وذاته والله أعلم بالصواب .

---

(١) انظر: الشرح الكبير: (٣/ ٤٤٥) وما بعدها، والشرح الصغير: (٣/ ٥٨٦)، وشرح منح الجليل: (٧/ ٩٥)، وبداية المجتهد: (٢/ ٣٩٠) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٩٠) وما بعدها، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٢)، والمهذب: (١/ ٣٦٨) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤١٢)، والمقنع مع الشرح الكبير: (١٥/ ٢٠٢)، والإنصاف: (١٥/ ٢٠٢) وما بعدها، وكشاف القناع: (٤/ ١٢٠) .

(٤) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٣٩٠)، وشرح منح الجليل: (٧/ ٩٥) .

أما الشافعية[١]، والحنابلة[٢] فإنهم قالوا: لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة؛ لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لغيره، لعدم القدرة على التسليم فلا يصح أن يتملكه بالتضمين كالشيء التالف لا يملكه بالإتلاف إلا أنهم استثنوا من هذا الأصل إذا خلطَ المغصوبَ بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، فقالوا: وإن خلط المغصوب بماله على وجهٍ لا يتميز منه، مثل أن خلط الزيت بمثله، أو بشيرج فالمذهب أنه كالتالف لا مشتركًا سواء أخلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لتعذر رده، وملكه الغاصب فللمغصوب منه تغريم الغاصب، وله أن يعطيه من غير المخلوط؛ لأن الحق فيه انتقل إلى ذمته، وله أيضًا أن يعطيه منه إن خلَطه بمثله أو بأجودَ منه لا بأردأ؛ لأنه دون حقه إلا برضاه، فله أخذه ولا أرش له، وكان مسامحًا ببعض حقه وإلا أخذ مثل ماله،

والطريق الثاني قولان في المسألة، أحدهما: هذا .

والثاني: يشتركان في المخلوط، وللمغصوب منه قدر حقه من المخلوط[٣] .

قال السبكي: والذي أقوله واعتقده وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل، لأن فيه تمليك الغاصب ما للمغصوب منه بغير رضاه بل لمجرد تعديه بالخلط[٤] .

وقال الزركشي: إذا قلنا أنه كالتالف ويملكه الغاصب فلا يتصرف فيه، وهو محجور عليه فيه حتى يعطي المالك بدله[٥] .

قال القاضي: قياس المذهب أنه يلزمه مثله، إن شاء منه، وإن شاء من غيره لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط، فأشبه ما لو تلف؛ لأنه لا يتميز له شيء من ماله[٦] .

فالأصل عندهم كل ما يشبه التالف لسبب الخلط فإنه يضمنه الغاصب، عند الشافعية في وجه، والحنابلة في المذهب، وتضمين الغاصب عندهم هو ثبوت حق المغصوب منه في ذمته، فهل يثبت به

---

(١) انظر: المهذب: (١/ ٣٦٨)، والحاوي الكبير: (٧/ ١٩٠) .

(٢) انظر: المغني: (٧/ ٤١٢)، وكشاف القناع: (٤/ ٩٥-٩٤) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤١٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٢) .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٢٢) .

(٥) مغني المحتاج: (٢/ ٢٩٣) .

(٦) المغني: (٧/ ٤١٢) .

=

الملك عندهم أم لَا؟ خلاف فيما بينهم[١]، والله أعلم بالصواب .

سادسا: الإباحة:

وهو في اللغة: الإذن، والإعلان، والإظهار، مِن باحَ يبوحُ إذا ظهر، يقال: أبحتك الشيء: أحللته لك[٢] .

وفي ا صطلاح الأصوليين: ترديد الأمر بين شيئين يجوز الجمع بينهما، وإذا أتى بواحدٍ منهما كان امتثالًا للأمر[٣] وهو ضد الكراهة، وقيل ضد الحرمة[٤] ومنه المباح وهو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه، أو هو ما لا يتعلق بفعله مدح ولا ذمٌّ[٥] .

وفي اصطلاح الفقهاء: الإباحة هي الترخيص والإذن لواحدٍ أن يأكل أو يتناول شيئًا بغير عوض[٦] .

قال الزركشي: "وهي تسليط من المالك على استهلاك عينٍ أو منفعةٍ ولا تمليك فيه، ولهذا لو ملك شيئًا ولم يقبضه فأباحه صحَّ بخلاف ما لو وهبه، والفرق أن الهبة تمليك"[٧].

وعلى هذا ذكروا إذا قال أبحتُ لك كذا، فإن كان مما يتلف صحت الإباحة وجهًا واحدًا، وإن كان مما لا يتلف فهل تصح الإباحة؟ على وجهين:

أصحهما: تصح الإباحة، وله الرجوع فيما لم يتلفه المباح له[٨] .

---

(١) انظر: تفصيل المسألة في الحاوي الكبير: (٧/ ١٩٠) وما بعدها، والمهذب: (١/ ٣٦٨)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٢) وما بعدها، وكشاف القناع: (٤/ ١٢٠)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٤١٢) وما بعدها، والشرح الكبير: (١٥/ ٢٠٢)، وكذلك الإنصاف معه .

(٢) انظر: القاموس المحيط: ص(٢٧٤)، والمصباح المنير: ص(٢٦)، والكليات للكفوي: ص(٣٢) .

(٣) انظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص(٣٢)، والتعريفات الفقهية للمجددي: ص(١٥٥) .

(٤) انظر: الكليات: ص(٣٢)، والمستصفى للغزالي: (أ/ ٢٧٦) تحقيق وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

(٥) انظر: التعريفات الأصولية في الأحكام للآمدي: (١/ ٦٣)، والمستصفى للغزالي: (١/ ٤٢)، والمنهاج مع الإسنوي: (١/ ٦١) وما بعدها .

(٦) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٤٦٢)، مادة رقم: (٨٣٦)، والتعريفات الفقهية للمجددي: ص(١٥٥) .

(٧) المنثور في القواعد للزركشي: (١/ ٧٣) .

(٨) انظر: المصدر السابق: (١/ ٧٣) .

وتدخل فيها مسألة الضيف وهي هل يملك الضيف ما يأكله أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: أن الضيف يملك ما يأكله وهو الصحيح عند الشافعية[١]، ووجه عند الحنابلة[٢] .

قال الزركشي: «وقال الجمهور بل تملك؛ لأنها بالتقديم ألحقت بالمباحات، والمباحات تملك بالاستيلاء»[٣]، ولكنهم اختلفوا في هل يملك الطعام بالأخذ من قبل الضيف أم بالوضع بالفم أم بالازدراء يتبين أنه ملك قبله؟ وقد رجح كثير من الشافعية الوجه الأخير[٤] .

قالوا: لأن جواز الأكل بالإذن يتقضي التمليك عرفًا[٥] .

القول الثاني: إن الضيافة إباحة، وليست تمليكًا، فالضيف إنما يبتلع الطعام على ملك المبيح... المضيف فيكون الأكل إتلافًا جرى على طريق كالعادة بإباحة المالك . هذا قول الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والحنابلة في المذهب[٨] وبه قال القفال[٩] من الشافعية أيضًا[١٠] .

وتوضح هذا القول مادة مجلة الأحكام العدلية[١١]: «إذا أباحَ واحدٌ لآخرَ شيئًا من مطعوماته فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة، ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء، وبعد هذا ليس لصاحبه أن يطالب بقيمته، مثلًا: إذا أكل واحد من بستان آخر بإباحته مقدارًا

---

(١) انظر: المنثور في القواعد: (١/ ٧٣) وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣١٧) .

(٢) انظر: الإنصاف: (٢٧/ ٢٦٨)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٩)، والشرح الكبير: (٢٧/ ٢٦٨) .

(٣) المنثور في القواعد: (١/ ٧٣)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٤٩-٢٤٨)، وحاشية القليوبي: (٣/ ١١٠) .

(٤) انظر: المصادر السابقة . والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (١/ ١١٩-١١٨) .

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (١/ ١١٨)، والمجموع المذهب: (م/ ٩٥) .

(٦) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٧١٠)، والتوضيح: (٢/ ٩)، ومجلة الأحكام العدلية: (١/ ٤٨٣) .

(٧) الفروق للقرافي: (٣/ ٢١٣)، وحاشية ابن الشاط: (٣/ ٢١٤-٢١٣)، وتهذيب الفروق: (٣/ ٢٣٤) .

(٨) انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف: (٢٧/ ٢٦٨)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٩) .

(٩) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن حسين بن عمر الشاشي الملقب بـ فخر الإسلام المعروف بـ القفال، ولد سنة٤٢٩هـ، و توفي سنة ٥٠٧هـ، انظر : طبقات الشافعية الكبرى: ص (٤/ ٥٧).

(١٠) انظر: حاشية القليوبي: (٣/ ١١٠)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٤٩) .

(١١) انظر: مادة، رقم(٨٧٥)، (٤٨٣) .

=

من العنب فليس لصاحب البستان طلب قيمته بعد ذلك» .

جاء في الدر المختار ما يؤكد هذا: دَعَا قومًا إلى طعامٍ، وفرقهم على أخونةٍ ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر، ولا إعطاء سائل، وخادم وهرة لغير رب المنزل وعللوا بأن أهل الأخونة قد خص كل منهم بطعامٍ أذن لهم فيه رب المنزل، فإذا أطعم أهل خوانٍ أهل خوان آخر فقد أباحه لغير من أباح له المضيف، وفيه إضرار بجماعته؛ لأن حقهم قد تعلق به بإباحة رب المنزل إياه لهم، وربما يكون الطعام لا يكفيهم ففي إطعام أهل الخوان الثاني تصرف في مال غيره بغير إذنه وإضرار برفقته، وأما إعطاء السائل فإنه افتئات على رب المنزل، فلا يجوز؛ إلا إذا كان بينهما مباسطة بحيث يعلم أنه يرضى بتصرفه في ماله(١) .

يقول القرافي: " فإن الصحيح في الضيافات أنها إباحات لا تمليك، كما أباح الله السمك في الماء، والطير في الهواء، والصيد في الفلاة لمن أرادَ تناوله، ولا يقال: إن هذه الأمور مملوكة للناسِ، كذلك الضيف جعل له أن يأكل إن أراد أو يترك، فهو لا يتمكن من المعاوضة على ما قدَّمَ له، ولا يمكنه إطعام غيره منه، والقول بأنه يملك مشكل، فإن الملك لا بد فيه من سلطان التصرف من حيث الجملة وبعد أن بلع الطعام كيف يبقى سلطان بعد ذلك على الانتفاع بتلك الأعيان؟ لأنها فسدت عادةً ولم تبق مقصودة البتة فالحق إذًا أنها إباحاتٌ لا تمليكاتٌ»(٢) .

وقد ناقشَ ابن الشاط (٣) ، القرافيَّ في هذه المسألة فيما ذهب إليه مقررًا أن الضيافة تمليك للانتفاع بالأكل خاصة؛ وذلك لأن مقدم الضيافة قد مكنه من الانتفاع بأكلها فالضيافة ونحوها من كل ما فيه الإذن بالانتفاع فقط كالسمك في الماء، والطير في الهواء والحشيش والصيد في الفلاة يملكها من سوغت له بالتناول فالإباحات أسباب للملك؛ لأن إباحة التناول هو تمكنه شرعًا من التناول، فهو سبب ملكها، والملك لا بد فيه من سلطان الانتفاع لا التصرف كما ذكر -والسلطان هو التمكن

---

(١) انظر: الدر المختار: (٥/ ٧١٠)، وتكملة حاشية ابن عابدين: (٨/ ٥٠٠-٤٩٩) .

(٢) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٢١٣)، (٣٦٧-٣٦٦) .

(٣) ابن الشاط: هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط أبو القاسم الأنصاري السبتي المالكي، إمام في الفقه، توفي سنة ٧٢٣هـ .انظر: الديباج: ص(٢٢٦-٢٢٥)، والفكر السامي: (٢/ ٢٣٩)، وشجرة النور: ص(٢١٧).

=

بعينه، ولهذا بيّن أن المحجور عليهم لا يتصرفون مع أنهم يملكون، فغير صحيح أن نقول: إنه لا بد في الملك من سلطان التصرف[١] .

وعلى هذا فإذا تناولَ الضيفُ -مثلًا- لقمة من الضيافة لا يجوز لغيره انتزاعها من يده، فإن ابتلعها فقد كان سبق ملكه لها قبل البلع وإن لم يبتلعها ونبذها من يده فقد عادت إلى ملك صاحبها، وجاز لغيره تناولها، لأن صاحبها لم يمكنه منها إلا ليأكلها فلما لم يأكلها بقيت على ملك صاحبها[٢] .

قال المجد ابن تيمية[٣]: «مذهبنا لا يملك الطعام الذي قُدِّمَ إليه بل يهلك بالأكل على ملك صاحبه»[٤] وذلك لأن أكل الضيف إباحة محضة لا يحصل الملك به بحالٍ ولأنه لم يملكه شيئًا وإنما أباحه الأكل، ولهذا لم يملك التصرف فيه بغير إذنه[٥] .

الذي يظهر لي – هو القول بأن الضيافة إباحة ليست تمليكًا، وذلك لأن الإباحة في الضيافة ليست إباحة عامة وإنما هي إباحة خاصة بالانتفاع، فليس للمباح له أن يتصرف بالعين أو المنفعة المباحة تصرف الملاك، فليس له أن يبيعَ أو يهب أو يبيح لغيره، إنما يتقصر على الاستهلاك أو الاستعمال بنفسه، وهي ترخيص قابل للرجوع عنه متى شاءَ المبيحُ، ولهذا الإباحة الخاصة تتقيد بما وافقت عليه الشريعة ولا يجوز لأحد أن يقول: اقتلني وقد أبحت لك دمي وكذلك لو أذنت المرأة في الزنا، وطاوعت لم يسقط الحدُّ؛ لأنه مما لا يباح بالإباحة[٦] .

والمقصود بالإباحة هنا -الإباحة الخاصة لا العامة، وهي الترخيص والإذن لواحد أن يأكل أو

(١) انظر: حاشية ابن الشاط: (٣/ ٢١٤-٢١٣)، ولهذا زادَ ابن الشاط في تعريفه للملك قيدًا وهو تمكنه من الانتفاع، وذلك لإدخال هذه الحالات فمن أذن له فتمكن من الانتفاع فهو مالك للانتفاع: (٣/ ٢١٥) .

(٢) انظر: حاشية ابن الشاط: (٣/ ٢١٥) .

(٣) هو عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الحراني الحنبلي أبو البركات، مجد الدين، الإمام المقرئ المحدث المفسر الفقيه الأصولي النحوي، من آثاره: الأحكام الكبرى، والمحرر في الفقه، والمنتقى من أحاديث الأحكام، والمسودة في الأصول الذي زاد فيها ولده عبد الحليم ثم حفيده تقي الدين أحمد، توفي سنة (٦٥٢)هـ .

انظر: طبقات المفسرين: (١/ ٢٩٧)، وذيل طبقات الحنابلة: (٢/ ٢٤٩) .

(٤) الإنصاف مع الشرح الكبير: (٢١/ ٣٤٧) .

(٥) انظر: الإنصاف مع الشرح الكبير: (٢١/ ٣٤٧)، (٢٧/ ٢٦٩-٢٦٨) والقواعد لابن رجب: ص(١٨٩) .

(٦) انظر: المنثور في القواعد: (١/ ٨٠) .

=

يتناول شيئًا بلا عوضٍ[١] وقد تكون بالإذن باستهلاك العين، كما إذا أباحَ لغيره أن يأكل من طعام أو ثمرة، وقد تكون بالإذن باستعمال العين كما أباح لغيره أن يستعمل شيئًا من ملابسه أو سيارته أو بيته. والإباحة هنا تقتصر على الانتفاع بالأشياء المباحة لا غير .

وأما الإباحة العامة فهي تعني إباحة الشارع وتسويغه للإنسانِ أن ينتفعَ أو يتملكَ وهي قد تكون للانتفاع كما في الانتفاع بالطرق والجسور ويكون للمباح له الانتفاع فقط، وقد تكون للتملك كالصيد والحطب وإذا وُجِدَ الإحراز بشروطه الشرعية كان سببًا للملك[٢] .

وعلى هذا الأشياء المباحة -بإباحة عامة وهي التي تنتفع بها الجماعة كالماء في البحر، أو النهر، والهواء، وأشعة الشمس وغيرها فإنها لا تدخل في الإباحة المذكورة .

وتدخل هنا الأشياء التي هي محل حق ملكية لأحد الأشخاص ثم أنه أباح لأحد أو لجماعةٍ أن ينتفع بها .

وتدخل أيضًا: الأشياء المتروكة التي لا مالك لها بعد أن كانت مملوكة لبعض الأشخاص، وهي الأشياء المتخلي عنها أو التي يتركها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها، وتجري عادة الناس التخلي عن كل ما لا يحتاجون إليه من أشياء كالملابس والأدوات والأثاث، وكافة المهملات، فهذه الأشياء إذا ما تركت بنية التخلي عن ملكيتها تصبح ملكًا لمن يستأثر بحيازتها .

وترك المنقولات الذي يسقط ملكيتها يجب أن يكون مقترنًا بنية التخلي والنزول عن هذه الملكية أو الترك إذا كان سهوًا أو فقدًا أو ضياعًا للشيء فإن مثل ذلك لا تسقط به الملكية، ولا تعد من قبيل الأشياء التي لا مالك لها ولا يجوز الاستيلاء عليها من الغير بنية التملك؛ لأن هذه الأشياء تعد ضائعة أو مفقودة أو لقطة[٣] .

الفرع الثاني: الأسباب الناقلة للملكية

وهي الأسباب التي لا تثبت الملك ابتداءً كما في الأسباب المنشئة، وإنما تتعلق بملك موجود

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٨٣٦) .

(٢) انظر تفصيل الكلام في المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا: (١/ ٢٦٦)، والنظريات العامة لأبي سنة: ص(١٠٣)، والملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٨٣-١٨٢) .

(٣) انظر: المفيد في حق الملكية: ص(١٩٧-١٩٦) .

وثبت قبلها، فتنقله من حوزة إلى حوزة، وهذه الأسباب أغلبها من العقود، وهي تعتبر أسبابًا ناقلة لا منشئة للملك، ويمكن تصنيف هذه الأسباب من حيث إفادتها للملك وماهيتها إلى أربع مجموعات:

المجموعة الأولى: عقود المعاوضات المحضة، وهي: كالبيع و السلم و الصرف و الصلح على الإقرار

والمجموعة الثانية: عقود المعاوضات غير المحضة، وهي: كالإجارة و الخلع و الرّهن و الصّلح ، والعتق والمكاتبة و النكاح .

والمجموعة الثالثة: عقود لا معاوضة فيها، وهي: كالتدبير والصدقة والعارية والوصية والوقف والهبة .

والمجموعة الرابعة: تصرفات بمعنى العقود، وهي: كالإبراء و إجازة الورثة والإقالة والحوالة والقرض والقسمة .

ويأتي تفصيل الكلام على هذه المجموعات عند بيان قواعدها إن شاء الله .

الفرع الثالث: أسباب التملك القهري:

وهي الأسباب التي تفيد الملك جبرًا وهي الأسباب الاعتبارية شرعًا، كالميراث والشفعة وغيرهما، هذه الأسباب ليست فعلًا ولا قولًا إنما هي حالات خاصة اعتبرها الشارع أسبابًا للملك[1].

و هذه الأسباب كما يلي:

الأول: الإرث أو الوراثة .

الثاني: استحقاق أموال الوقف .

الثالث: الشفعة .

يأتي تفصيل هذه الأسباب على الترتيب المذيل:

أولاً: الإرث:

الإرث في اللغة: الأصل، والأمر القديم توارثه الآخر عن الأول، والبقية من كل شيء، وهمزته

(١) انظر: المدخل الفقهي العام: (١/ ٣٦٠-٣٥٢)، وبحث الشيخ محمد السايس: ص(٢٠٤)، والملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي الخفيف: ص(٢/ ٣٨) .

=

أصلها واو[١] والورث والميراث بمعنىً وهو أن يكون الشيء لقومٍ ثم يصير إلى آخرين بنسب أو سببٍ[٢] .

ويطلق الإرث ويراد منه انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين، يطلق ويراد منه الموروث[٣]، وهو مصدر بمعنى المفعول، ويقاربه على هذا الإطلاق في المعنى: التركة[٤] .

وهو في الاصطلاح: حق قابل للتجري يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحو ذلك[٥] ومنه الوارث وهو الحي عند موت المورث تحقيقًا أو تقديرًا، ويرتبط به بواحد فأكثر من أسباب الإرث[٦] والمورث هو الميت تحقيقًا أو حكمًا أو تقديرًا وترك أموالًا أو حقوقًا له على غيره والموروث ما يتركه الميت من مالٍ عينًا أو حقًّا له على غيره[٧] .

يملك الوارث مال الموروث -التركة- بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة، وهي:

١-تجهيز الميت وتكفينه .

٢-الديون المتعلقة بالتركة عينها .

٣-الديون المطلقة في ذمة الميت .

٤-وصية الميت .

والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ ﮀﮁﮂﮃﮄ...﴾[٨] . ويثبت له الاستحقاق عند توفر شروط الإرث وانتفاء موانعه حسب الفرائض التي فرضها الله سبحانه وتعالى في تركة الميت مصلحة لحاجة الورثة، وهذا سبب من أسباب التملك القهري التي لا تحتمل الإسقاط وبناءً عليه الوارث يرث حال مورثه

---

(١) انظر: القاموس المحيط: (١/ ١٦٧)، ومختار الصحاح: ص(١٣)، والمصباح المنير: ص(٢٥١) .

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(١٠٥٠) .

(٣) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩٩)، والشرح الكبير: (٤/ ٤٥٦) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩٩)، والعذب الفائض: (١/ ٦٢) .

(٥) انظر: العذب الفائض: (١/ ١٦)، وحاشية المقري: ص(١٠)، وكتاب الفرائض: ص(١٧)، والكليات: ص(٧٨) .

(٦) انظر: العذب الفائض: (١/ ١٦)، والتحفة الخيرية: ص(٤٧)، وكتاب الفرائض: ص(١٧) .

(٧) انظر: المصادر السابقة .

(٨) الآية: (١٢) من سورة النساء .

=

قهرًا . والله أعلم بالصواب .

ثانياً: الاستحقاق من أموال الوقف:

وهو أن تملك منافع الموقوف بعد انقراض الموقوف عليه أو عليهم عن طريق الخلافة[١]، وهذا أيضًا سبب من أسباب التملك القهري، مثلًا لو وقف أحد على جهة معينة أو على الفقراء والمساكين أو على أهل قرية أو نحو ذلك، ينصرف الوقف بعد انقراض هولاء إلى ورثتهم إن كانوا معنين[٢] لأن مقتضى الوقف هو التأبيد لا التوقيت[٣] .

واختلفوا في استحقاق الموقوف منقطع الوسط، ومنقطع الانتهاء[٤] .

قال ابن قدامة: «وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين؛ لأنهم مصارف مال الله وحقوقه، فإن كان في أقارب الواقف مساكين، كانوا أولى به، لا على سبيل الوجوب، كما أنهم أولى بزكاته و صلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم. .. وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك، فصرف إليهم إلا على قول من قال: إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكًا لهم، فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثًا له، فكأن بيت المال أولى به»[٥] .

وهذا الاستحقاق لا يكون من باب التمليك بناءً على القول إن الموقوف عليه لا يملك الوقف[٦].

ثالثًا: الشفعة:

الشفعة في اللغة: الشفعة بضم الشين وسكون الفاء اسم مصدر بمعنى التملك، وتأتي أيضًا اسمًا

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٣٢) .

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٦/ ٤٣٣-٤٣٢) .

(٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٠٨) .

(٤) انظر: الكتاب مع اللباب: (٢/ ١٨٢)، والشرح الكبير للدردير: (٤/ ٨٥)، والمغني: (٨/ ٢١٢)، والمهذب: (١/ ٤٤٠)، والشرح الكبير: (١٦/ ٤٠٦) وما بعدها .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢١٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤١٣) .

(٦) انظر: الدر المختار: (٣/ ٣٩٩-٣٩٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٨٣، ٣٧٥)، وكشاف القناع: (٤/ ٢٧١)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٢١-٤٢٠) .

=

للملك المشفوع، وهي من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شيء إلى شيء، يقال: شفع الرجل الرجل شفعًا إذا كان فردًا فصار له ثانيًا وشفع الشيء شفعًا ضم مثله إليه وجعله زوجًا[1]، وسميت شفعة لأن الشفيع يضم ما يتملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه .

الشفعة في الإصطلاح: عرفها الفقهاء بعدة تعريفات، من أشهرها:

١-هي حق تملك العقار المبيع جبرًا عن المشترى، بما قام عليه من ثمن وتكاليف لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار[2] .

٢-بأنها ا ستحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار، بثمنه أو قيمته بصيغة، -أو حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[3] .

اختلف الفقهاء في طريق التملك بالشفعة على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه لا يثبت الملك للشفيع إلا بتسليم المشترى بالتراضي أو بقضاء القاضي له. هذا قول الحنفية[4] .

أما التملك بالتسليم من المشترى فظاهر، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسّر الشراء والشراء تملك، وأما قضاء القاضي فلأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرًا، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه .

القول الثاني: أن الشفيع يملك الشفعة بأحد الأمور الثلاثة:

١-حكم الحاكم له .

٢-دفع ثمن من الشفيع للمشتري .

٣-الإشهاد بالأخذ ولو في غيبة المشتري، وقيل: لا بد أن يكون في حضوره. وهذا القول ذهب

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(١٢١)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(٥١٠)ن والقاموس المحيط: ص(٩٤٧) .

(٢) انظر: الدر المختار: (٥/ ١٥٢)، تكملة الفتح: (٧/ ٤٠٦)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٣٩) .

(٣) انظر: الشرح الصغير: (٣/ ٦٣٠)، والشرح الكبير: (٣/ ٤٧٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٦)، وكشاف القناع: (٤/ ١٩٦)، والإنصاف: (١٥/ ٣٥٧) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧٢٤)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٢١٩) .

=

إليه المالكية[١] .

القول الثالث: يملك الشفيع الشفعة بالأخذ وبكل لفظ يدل على الأخذ إذا كان الثمن والشفعة معلومين، بأن يقول: قد أخذته بالثمن، أو تملكته بالثمن، فلا يفتقر إلى حكم حاكم، وهذا مذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣] .

القول الرابع: يملكه بالمطالبة، لأن البيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول وهذا القول ذهب إليه القاضي وأبو الخطاب من الحنابلة[٤] .

واستدلوا بأن حق الشفعة ثبت بالنص والإجماع، فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب .

الذي يظهر لي هو القول بأن الشفعة يملكها الشفيع بالأخذ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وذلك لأنه سبب من أسباب التملك القهري فيثبت به الملك للشفيع كالمباحات والغنائم . ولأنه حق ثابت بالنص، فلا يحتاج إلى حكم الحاكم إلا عند المرافعة. والله أعلم بالصواب .

واشترط الفقهاء لأخذ الشفعة أن يتوفر فيها شرطان:

١-ملكية الشفيع لما يشفع به، أي أن يكون الشفيع مالكًا للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه[٥] .

٢-بقاء الملكية لحين الأخذ بالشفعة، فيجب أن يبقى الشفيع مالكًا للعقار المشفوع به حتى يتملك العقار المشفوع فيه بالرضاء أو بحكم القضاء ليتحقق الاتصال وقت البيع[٦] .

الفرع الرابع: المتولد من المملوك:

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكًا لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٨٧) وما بعدها، والخرشي: (٦/ ١٧٤) .

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٨٥-٨٣) .

(٣) انظر: الشرح الكبير: (١٥/ ٥٠٨)، والمغني: (٧/ ٤٥٠) .

(٤) انظر: المغني: (٧/ ٤٥١-٤٥٠) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٣٧٠٣)، والمبسوط: (١٤/ ٩٥)، وشرح الكنز للزيلعي: (٥/ ٢٥٢)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٤٧٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٨)، ونهاية المحتاج: (٥/ ١٩٨)، ومنتهى الإرادات: (١/ ٥٣٠) .

(٦) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي: (٥/ ٢٢٥) .

=

الفرع، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل، أم بالطبيعة والخلقة، فنتاج الحيوانات وثمر الزرع، وأمثالها مملوكة لصاحب الأصل .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن لا يدخل في ملك الإنسان شيء ما لغير رضاه واختياره إلا في الميراث، والتولد من المملوك وبعض المسائل الجزئية في الوصية والشفعة وغيرها[١] .

فمن القواعد الفقهية المقررة: «**ليس لأحدٍ تمليك غيره بلا رضاه**»[٢] أو «**الأصل أنه لا يملك أحد أن يدخل شيئًا في ملك غيره بغير رضاه**»[٣] .

وكذلك: «لا يملك أحد إثبات ملك لغيره بلا اختياره وقبوله إلا الإرث»[٤] .

كما أن الأصل أيضًا في الشريعة الإسلامية ألا يخرج ملك إنسانٍ بغير اختياره ورضاه[٥] .

وملكية المتولد من المملوك تثبت من حيث التبعة وذلك لأن المتولد تابع لأصله، والقاعدة الفقهية تقرر «**التابع تابع**»[٦] .

وهناك قواعد فقهية تشير إلى ملكية المتولد أسردها على الوجه الآتي:

الأصل الأول: النابت في ملك واحد بلا غرس ملك له، وعليه تنص مجلة الأحكام العدلية: «الأشجار النابتة بلا غرس في ملك واحد هي ملكه، ليس لآخر أن يحتطبه منها إلا بإذنه، فإن يفعل يكن ضامنًا»[٧] .

فالحطب في ملك رجل ملك له أيضًا، وليس لأحد أن يحتطب بغير إذنه وإن كان في غير ملك فلا بأس به[٨] .

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢١٧، ٣٢٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: (٣٤٧) .

(٢) الملكية وضوابطها: ص(٥٥) .

(٣) المبسوط للسرخسي: (٧/ ١٩) .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٤٧)، وشرح الخاتمة: ص(٦٢) .

(٥) انظر: الملكية وضوابطها: ص(٥٥/ ٥٦) .

(٦) انظر: غمز عيون البصائر: (١/ ١٥٤)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة: (٤٧) .

(٧) انظر: مجلة الأحكام العدلية: ص(٦٧٨) .

(٨) انظر: شرح المجلة: (١/ ٦٧٨) .

=

الأصل الثاني: استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه [(١)] .

وعلى هذا فإن القاضي يقضي بالولد لمولى الجارية إذا ظهر الاستحقاق فيها بالبينة .

الأصل الثالث: ما يتولد أو ينشأ من المملوك مملوك[(٢)] أو المتولد يملك بملك الأصل[(٣)] وبناء على هذا فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواه، سواء في ذلك ما ينتج بتسبب مالك الأصل وعمله، وما يحصل بطبعه دون عمل مالك الأصل أو تسببه، فثمرة الشجرة وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها، وأمثال ذلك كلها مملوكة لصاحب الأصل[(٤)] .

الأصل الرابع: «نماء ملك الإنسان ملكه»[(٥)] أو «النماء تابع للملك»[(٦)] .

وبناء عليه لو ادعى أمة أنها له وشهدت البينة بأنها ولدتها في ملكه، حكم له بها، لأنها شهدت أنها نماء ملكه، ونماء ملكه ملكه، ما لم يرد سبب ينقله عنه[(٧)] .

وكذلك لو زرع رجل مزرعة وشرط عليه غير التبن، فهل يملك ذلك بغير إذنه على أنه ليس من بذره، والأصل يدل على نماء ملك الإنسان ملكه، ولما كان التبن نماء ملكه فليس لغيره أن يتملك[(٨)] .

الأ صل الخامس: غلات المبيع الذي فيه الخيار ونماؤه للمشتري[(٩)]. وعلى هذا فمن ا شترى عبدًا فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد، فالمال للمشتري .

---

(١) انظر: المبسوط: (١٧/ ١٧٧) .

(٢) انظر: المدخل: ١/ ٢٥٢)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية: ص(٤٢٤) .

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ٩٥)، وكتاب الغصب: (١٧/ ٧٤) باب الدعو في النتاج .

(٤) انظر: المدخل: (١/ ٢٥٢) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٨١) .

(٦) انظر: المغني: (١٤/ ٣١٦) طبعة محقق، وشرح الزركشي: (٤/ ٤٨) .

(٧) انظر: المغني: (١٤/ ٣١٦) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٨١) .

(٩) انظر: المغني: (٦/ ٢٢) كتاب البيوع .

المطلب الرابع: الشروط أو القيود المعتبرة في الملكية شرعاً وخصائصها

أولًا: الشروط أو القيود المعتبرة في الملكية شرعًا:

وردت نصــوص كثيرة في القرآن الكريم والســنة النبوية توجب علينا إتباع شريعة الله ﷻ، والحكم بها في كل أمر من أمورنا، وهذه النصوص تلقي الضوء على الأسس التي بنت عليها الشريعة الإســلامية في تقييد الملكية، وتحديدها، وهي تقرر أن المال الذي بأيدينا إنما هو في الحقيقة مال الله، وليس لنا فيه إلا الاستخلاف أو الوكالة، وقال تعالى: ﴿ چچچچڇ ﴾[1] .

وهذا الاستخلاف يستوجب تقييد تصرف الإنسان فيما استخلف فيه بأوامر صاحب هذا المال وهو الله ﷻ وبنواهيه . يقول الشـيخ أبو زهرة: «الملكية حق أعطاه الله تعالى لعباده، وقد قيد من أعطاه، فهو الذي أعطى، وهو الذي قيده»[2] .

فالملكية التي أقرتها الشريعة الإسلامية سواء كانت عامة أو خاصة ليست بمطلقة وإنما أقرتها بأسـباب مشروعة، وقيدتها بقيود وحدود ذكرها فقهاء الإسـلام، وهي تتعلق بأسـباب الملك، أو بالتصرف من صاحب الملك أو بالانتقال، وهذه القيود تأتي على الترتيب المذيل:

أ-القيود المعتبرة في أسباب الملك[3]:

١-أن تكون أسـباب الملكية مشروعة في الشريعة الإسـلامية، وليسـت هذه الأسـباب مطلقة مفتوحة لأصحاب الملك، ولذلك فالوسائل المحرمة من سرقة، وغصب أو استغلال أو قمار أو ربا أو نحو ذلك ليست من أسباب التملك حيث قطعت الشريعة الطريق بين الأسباب المحرمة والملك، ومنعتها منعًا باتًا، وطالبت المؤمنين جميعًا أن تكون أموالهم حلالًا طيبًا يقول الله ﷻ: ﴿ ڤڤڤڤڤڦ ڄڄڄڄ ﴾[4] حيث منع أكل أموال الناس إلا عن طريق الرضـا والإرادة، وهي تتحق بالأسـباب المباحة المشروعة، ولا تحقق بالأسباب المحرمة غير المشروعة .

(١) الآية: (٣٣) من سورة النور .

(٢) محاضرات في المجتمع الإسلامي: ص(٢٧)، مطبعة الشرق العربي بالقاهرة .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(١١٢) وما بعدها، والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (٢/ ٢٥-٢٤) .

(٤) الآية: (٢٩) من سورة النساء .

٢-أن تكون الأسباب محققة، ليست محتملة ولا دعاوىٰ يدعي بها أصحابها، لأن أسباب التملك لا تثبت بها الملكية إلا بعد تحقيقها[١] .

ب-القيود المعتبرة في الملكية نفسها:

١-أن تكون الملكية لحاجة أو مصلحة معتبرة شرعًا، سواء كانت تلك المصلحة من مصالح المالك أو مصالح غيره، فردًا كان أو جماعة .

قال القرافي في الذخيرة: «إن سبب الملك الحاجة، إذ لو بقيت الأشياء في الدنيا شائعةً لتقاتل الناسُ عليها، فالجنين لما كان ميتًا شرعًا وهو بـ صدد الحاجة العامة في حياته، ملك الـ صدقة والأموال بالإجماع، والميت بعد الحياة لم تبق له حاجة عامة فلم يملك أو يملك لبقاء حاجة الدين»[٢] .

ولمصلحة الفرد جاء الحجر علىٰ الصبي المميز وعلىٰ السفيه[٣] في التصرف فقول الله تعالىٰ: ﴿ ىېې ىىئائائەئەئوئوئۇئۇئۆ ﴾[٤] .

وقوله تعالىٰ: ﴿ ﯖﯗﯘﯙﯚﯛﯜﯝ ﴾[٥] يدلان علىٰ الحجر علىٰ الصبي المميز وعلىٰ السفيه في التصرف إلا بإذن وليهما، وهذا الحجر عليهما إنما هو لمصلحتهما، وحفظ مالهما من الضياع والعبث به[٦] .

وكذلك جاء النهي عن الربا، وعن الاحتكار وعن بيع الحاضر للبادي لمصلحة الجماعة، فتحريم الربا في قوله تعالىٰ: ﴿ ﭢﭣﭤﭥ ﴾[٧] إنما جاء لمصلحة الجماعة لمنع إضرارهم واستغلاهم كما أنه مصلحة للمرابي؛ لأن الربا يعود الكسل وينزع الرحمة من قلبه ويثير أحقاد المحتاجين عليه[٨] .

---

(١) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علىٰ الخفيف: ص(١٢١) .

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي: (٧/ ٢٨٣) .

(٣) الـ سفيه من الـ سفه: وهو انفاق المال وإتلافه فيما لا يرضى عنه العقلاء من ذوي الحكمه والدين والمـ سألة فيها تفـ صيل .

انظر: مختصر أحكام المعاملات للأستاذ علي الخفيف: ص(١٠٣) .

(٤) الآية: (٦) من سورة النساء .

(٥) الآية: (٥) من سورة النساء .

(٦) انظر: كشاف القناع: (٣/ ١٤٠)، ومختصر أحكام المعاملات للأستاذ الخفيف: ص(١٠٣) .

(٧) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٨) انظر: الملكية الخاصة: ص(١٢٠) وما بعدها .

=

قول الرسول الله ﷺ: «**من احتكر فهو خاطيء**»[١] إنما هو لمصلحة الجماعة .

قال ابن القيم: «المحتكر الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناسُ من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم هو ظالم لعموم الناس»[٢] .

ونهى رسول الله ﷺ أن يبيعَ حاضر لبادٍ[٣] إنما هو لمصلحة الجماعة[٤] علم من هذه النصوص الدالة على تقييد الملكية بأن الملكية الثابتة شرعًا لا بد أن تكون لمصلحة معتبرة شرعًا .

٢-أن تكون الملكية لعين أو لمنفعة أو لهما أو لانتفاع حلال شرعًا .

فإن كانت الملكية لعين محرمة أو لمنفعة محرمة، فلا اعتبار لها، ولا تثبت الملكية فيها[٥] .

٣-أن تكون الملكية لازمة مستقرة غير مستحقة الفسخ، فإن كانت غير لازمة مستحقة الفسخ لفساد وصف أو لوجود شرط لا يقتضيه العقد فلا اعتبار لها عند جمهور الفقهاء[٦].

ج-الشروط المعتبرة في استعمال الملكية والتصرف فيها:

١-أن يكون محسنًا أو راشدًا في الانتفاع والتصرف في أمواله، فلا يضيعها، ولا يتلفها، ولا ينفقها فيما لا طائل تحته[٧] .

ولذا يشترط أن لا يكون مبذرًا مسرفًا، ولا مقترًا بخيلًا[٨] .

٢-أن يكون صاحب الملك منميًا ومستثمرًا لملكه من غير تعطيل ولا استهلاك . وحاصله:

---

(١) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٢٧) في باب تحريم الاحتكار في الأقوات من كتاب المساقاة .

(٢) الطرق الحكمية: ص(٢٨٤) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٤، ٩٥، ١٢٠) في باب أجر السمسرة من كتاب الإجارة، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٥٧) في باب تحريم بيع الحاضر للباري من كتاب البيوع .

(٤) انظر: الموافقات للشاطبي: (٣/ ٢٦٠) .

(٥) انظر: الهداية: (٤/ ٦٧) وما بعدها، وبداية المجتهد: (١/ ٤٦٤)، والمغني: (٨/ ٥٨٣) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠)، والقوانين الفقهية: ص(٣٧٠)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٢٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٧) .

(٧) انظر: قواعد الأحكام: (٢/ ٢٠٩)، والدرر شرح الغرر: (١/ ٣١٠)، والاختيار لتعليل المختار: (٣/ ١٢٧)، والإكساب: ص(٦٦)، والملكية للعبادي: (٢/ ٨٥) .

(٨) انظر: الموسوعة الفقهية: (٣٩/ ٤٠) .

=

وجوب الاستنماء في الجملة، وعدم تعطيل الأموال حتىٰ تؤدي دورها في التداول والتعمير . وعلىٰ هذا تدل الآيات والأحاديث الكثيرة التي تطالب بالعمل، والتجارة والصناعة والزراعة بصيغ الأوامر، ومنها قوله ﷻ: ﴿ ﭠﭡﭢﭣﭤﭥﭦ﴾[(١)(٢)] .

٣-أن لا يكون متعمدًا بالضرر أو مضرًا بالآخرين بتصرفه في ملكه[(٣)] .

ولهذا اتفق الفقهاء[(٤)] علىٰ أنه لا يجوز للشخص في استعماله ملكه أن يقصد الإضرار بالغير، وذلك لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(٥)] وهذا يدل علىٰ عدم جواز الإضرار بأحد لا في ماله، ولا في نفسه ولا في عرضه وكذلك لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر والإتلاف بالإتلاف فكل تصرف ولو كان في ملك المالك يمنع إذا أدىٰ إلىٰ الإضرار بالآخرين[(٦)] .

د-الشروط المعتبرة في انتقال الملكية [(٧)] :

ومما يعلم قد يكون انتقال الملكية في حياة المالك، وقد يكون بعد وفاته . والانتقال قد يكون بإرادة المالك، وقد يكون بغير إرادته، وهو قد يكون بعوضٍ أو بغير عوضٍ. كما أنه قد يكون للعين وقد يكون للمنفعة وقد يكون للانتفاع ثم إن الملك قد ينتقل إلىٰ مالك، وقد ينتقل إلىٰ غير مالك[(٨)] .

والفقهاء -رحمهم الله- جعلوا لانتقال الملك علىٰ ضوء الأحوال المذكورة شروطاً وضوابط

---

(١) الآية: (١٠) من سورة الجمعة .

(٢) انظر: تيسير التحرير: (٢/ ٢٣١)، والفروق للقرافي: (١/ ١٤١)، وإحياء علوم الدين: (١/ ١٧)، ومغني المحتاج: (٤/ ٢١٣) .

(٣) انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٥٠٦)، والقوانين الفقهية: ص(٣٧٠)، وجواهر العقود: (١/ ١٧١)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٨-٣٣٧)، والإفصاح: (١/ ٢٤٨)، ورحمة الأمة: (٢/ ١٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٣٨٨) .

(٤) انظر: المصادر السابقة وكذلك . انظر: تبصرة الحكام: (٢/ ٣٧١)، وحاشية المعمداني علىٰ شرح ميارة: (٢/ ٢٤٧) .

(٥) سبق تخريجه: في ص(٣٦) .

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٥/ ١٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٤٣)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٢٤)، والقوانين الفقهية: ص(٣٧٠)، والمغني: (٤/ ٣٨٨) .

(٧) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي:(٢/ ٢٢١)

(٨) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٧٣)، والقواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٨-٢٢٧)، وإحياء علوم الدين: (٢/ ١١٩-١١٨) .

=

منها:

١-أن يكون انتقال الملكية في حياة صاحبها برضاه وإرادته، وإلا فإن الانتقال لا يجوز ولا يعتبر[1] . ويشترط في الرضا أن يكون غير مشوب بعيوب الرضا والإرادة من الغش والتدليس والاستغلال والإكراه والغلط ونحو ذلك[2] لقول الله تعالى: ﴿ ڤڤڤ ڤڤڤ ڄ ڃڃڃڃ ﴾[3] ولقول رسول الله ﷺ: «**إنما البيع عن تراضٍ**»[4] .

٢-أن لا يكون تصرفه تصرفًا مطلقًا في مرض الموت وقد وضعت الشريعة القواعد التي تحد من حرية المالك في التصرف في ماله عندما يكون إطلاق العنان له في التصرف سببًا للضرر بغيره[5] .

ويتقيد هذا التصرف أيضًا بعدم الإضرار بالورثة أو الدائنين، لأن المالك قد يتصرف في مرض موته تصرفات تعود بالضرر على الورثة أو الدائنين وبما أنها تمس بحقوق الآخرين جاءت الشريعة بتقييدها، والأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية: هو إطلاق حرية المالك في التصرف، إذا كان ذلك يتعلق بحوائجه الأصلية؛ لتقدم حقه على حقوق دائنيه وورثته، وكذلك الحال إذا لم يكن في تصرفه إضرار بالآخرين، وأما إذا مُسَّت حقوقهم فإن حريته تتقيد بالقدر الذي يزال الضرر عنهم[6] .

٣-أن لا يكون تصرفه مؤدياً إلى التملك القهري أو حالة من حالات نزع الملكية[7]؛ لأن التملك القهري أو نزع الملكية من صاحبها خلاف مقتضى الملك، ومع ذلك أجازت الشريعة الإسلامية نزع الملكية الفردية من صاحبها في صور متعددة عندما تدعو الضرورة إليه، وذلك إما مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى بالاعتبار من مصلحة المالك وإما تلبية لمصلحة عامة[8] وأما في حالة الموت فإن جميع

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء: (٢/ ٦٢) وما بعدها، بداية المجتهد: (٢/ ١٢١) وما بعدها .

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: (١/ ٣٧٠)، والأموال ونظرية العقد: ص(٣٩٤) وما بعدها .

(٣) الآية: (٢٩) من سورة النساء .

(٤) الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٣٧) في باب بيع الخيار من كتاب التجارات، برقم: (٢١٨٥) من حديث أبي سعيد الخدري، قال في الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله ثقات، وصحّح إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة: (٢/ ١٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه: (١١/ ٣٤٠)، برقم: (٤٩٦٧) .

(٥) انظر: المدخل الفقهي العام: (٢/ ٨٠٢) وما بعدها.

(٦) انظر: القوانين الفقهية ص(٣٥٠) وما بعدها والملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٢٢١).

(٧) انظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص(١٠٩-١٠٦) والمعاملات الشرعية المالية: ص(٧٣-٧٢) .

(٨) انظر: المصادر السابقة .

=

أموال الميت تنتقل إلىٰ الورثة حسب قواعد الفرائض، كما أن وصيته تنفذ في حدود الثلث، وتنقل إلىٰ الموصي إليهم[١].

يقول ابن رجب في القواعد[٢]: «حق المالك لم ينقطع من ميراثه بالكلية، بل آثاره باقية، ولذلك تقضي ديونه، وتنفذ وصاياه من التركة، وهي ملكه علىٰ قوله -قول الإمام أحمد- إلىٰ أن تقضىٰ ديونه، وهو كان يملك التصرف في ماله علىٰ التأبيد بوقف عقاره، والوصية به».

٤-أن لا يكون تصرفه في الملك فيما زاد علىٰ الثلث تصرفًا مضافًا إلىٰ ما بعد وفاته، يجوز للمالك أن يتصرف في ماله بعد وفاته عن طريق الوصية، ولكن هذا التصرف المضاف إلىٰ ما بعد الموت يتقيد بحدود الثلث[٣]، ولا يجوز له أن يتجاوزه.

والأصل في هذا أن الملك ينتقل عن المالك إلىٰ الورثة بوفاته، فلا يجوز له فيه أي تصرف، ولكن الشارع الحكيم قد أعطاه التصرف في حدود الثلث ليتدارك ما عسىٰ أن يكون قد فاته، أو قصر به من أعمال الخير[٤].

هذه هي الشروط و القيود المعتبرة في الملكية شرعًا، وهناك قيود أخرىٰ ذكرها الفقهاء -رحمهم الله- تقيد الملكية من حيث ذاتها وتصرفها[٥] وهي تنبني علىٰ هذه الشروط، والله ولي التوفيق.

ثانيًا: خصائص الملكية في الشريعة الإسلامية [٦]:

يتميز الملك في الشريعة الإسلامية عن غيره من الحقائق الشرعية بجملة من الخصائص التي تظهر حقيقته وتبرز ماهيته؛ بعضها يشمل جميع أنواعه، وبعضها يخص نوعًا دون نوع[٧].

---

(١) انظر: أحكام التركات والمواريث: ص(٥٦-٥٤).

(٢) القواعد لابن رجب: ص(٤٦).

(٣) وهو مقيد بنص الحديث. انظر: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: (٢/ ١٦٣)، والسنن المجتبىٰ: (٦/ ٢٠١-٢٠٢)، وسنن ابن ماجة: (٢/ ٩٠٤).

(٤) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٢١٩).

(٥) انظر تفصيل هذه القيود في الملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة: ص(١٤٥-١٤٣)، والمعاملات الشرعية المالية: ص(٧٢) وما بعدها.

(٦) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤٥٢)

(٧) انظر: الملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٨٠)، والمدخل الفقهي العام: (١/ ٢٥٤-٢٥٣).

=

هذه الخصائص لها أهميتها في حقيقة الملكية وآثارها في الشريعة الإسلامية، وهي تمكن صاحب الملك من الانتفاع به، والتصرف فيه، وإلى هذا أشار ابن الشاط في حاشيته على الفروق: «وأما عين الموقوف فلا ملك عليها، لا للواقف، ولا لغيره على الصحيح؛ لأنه لا يتمكن أحد من الانتفاع بتلك العين، ولا من التصرف فيها، ولا من أخذ العوض عنها، وإذا لم يكن شيء من ذلك فلا ملك، إذ لا معنى للملك إلا التمكن من الانتفاع، ومن أخذ العوض أو من الانتفاع خاصة»[1] وأهم هذه الخصائص ثلاث:

١-الملك بعد ثبوته يخول صاحبه جميع أنواع الانتفاع والتصرف المشروعة في ملكه .

٢-الأصل في ملكية الأعيان أنها تشمل الرقبة والمنفعة معًا .

٣-ملكية الأعيان تثبت على التأبيد وهي لا تقبل التوقيت .

وأعرض هنا خصائصها باختصار حسب أنواع الملك:

أولًا: خصائص الملك التام لدى الفقهاء:

١-الملكية التامة تخول صاحبها كل أنواع التصرف الشرعي، هذه الخاصية هي فائدة الملك وثمرته، وتشهد لها عبارات الفقهاء منها:

قال الكاساني: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، ليس لأحدٍ ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه، وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة»[2] .

قال العز بن عبد السلام: «يثبت التصرف بحصول الملك ويزول بزواله ...»[3] .

٢-الملكية التامة شاملة للرقبة والمنفعة:

إذا ملك الإنسان عينًا من الأعيان بسبب من أسباب الملكية التامة فإنه يملك منفعتها بذلك

---

(١) حاشية ابن الشاط على الفروق: (٣/ ٢١٥)، وانظر كذلك تهذيب الفروق: (٣/ ٢٣٣) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٨/ ٤١٢) .

(٣) انظر: قواعد الأحكام: (٢/ ٦) .

الملك؛ لأن ملكية العين تستلزم ملكية المنفعة إما حالًا أو مالًا دون العكس أي أن ملك المنفعة لا يستتبع ملك العين لأن الشخص قد يملك منافع شيء دون أن يملك عينه كما في الإجارة والوصية بالمنافع، والوقف والعارية .

وإنه لمن العلوم بداهةً أن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها، وإنما الغاية الأساسية منها: الانتفاع بها حالًا أو مآلًا، وملكية الرقبة ما أمرت إلا لتكون سندًا لكمال الانتفاع الكامل والتصرف المشروع ضمن القيود التي حددتها الشريعة .

وعلى هذا لا يوجد في الفقه الإسلامي من أسباب الملكية ما يوجب امتلاك الرقبة وحدها دون منافعها إلا في صورتي الوصية بالمنافع(١) كأن يوصي بالرقبة لشخصٍ وبالمنفعة لشخصٍ آخر، أو بالرقبة للورثة وبالمنفعة لشخص آخر .

٣-الملكية الأولى للأشياء تكون دائمًا تامةً .

إن أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكًا من قبل تكون دائمًا شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معًا، فالملكية الأولى تكون بصورة دائمةٍ تامةً فلا يمكن أن تثبت الملكية الأولى على الشيء ناقصة مقصورة على ملك الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها دون الرقبة .

أما الملكية الناقصة فلا تنشأ إلا من الأسباب الناقلة للملكية؛ لأن ملكية الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها تكون بصورة دائمة مسبوقة بملكية تامة فيه(٢) .

٤-إن ملكية العين لا تقبل التوقيت بخلاف ملكية المنفعة:

إن ملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة وهي لا تقبل التوقيت(٣) فإذا ثبت هذا فإنهم

---

(١) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٩٤)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ١١٨)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٧٨)، والمهذب: (٢/ ٢٦٦) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٣٧٥)، والملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبي زهرة: ص(٧٤)، والمدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا: (١/ ٢٧٢-٢٧١) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٨٣)، والملكية ونظرية العقد: ص(٦٧)، والملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤٥٦)، والملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٨٠) .

=

اختلفوا في العمري[١] والرقبي[٢] فذهبَ جمهور الفقهاء[٣] إلى أن العمري والعقبى تنقل الملك إلى المعمر له ثم لورثته من بعده، وذلك لأن ملكية العين لا تقبل التوقيت[٤] لديهم،

واستدلوا بأحاديث منها ما رواه جابر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه، فإنها للذي أعطيَها، لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث**»[٥] .

٥-الملكية التامة لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل:

إذا كانت ملكية العين تثبت مؤبدةً، ولا تنتقل عن المالك إلى غيره إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية كالبيع والهبة، فهل يزول الملك بالإسقاط بأن يخرج الشيء عن ملك المالك لا إلى مالك أو بالإعراض عنه بأن يترك المالك العين دون استعمال أو استفادة .

اختلفوا في المسألة[٦] .

---

(١) العمري: نوع من أنواع الهبة، وصورتها: أن يقول مالك العين لآخر: أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري أو ما عِشْتُ أو مدة حياتك أو ما حَيِيتُ أو نحو هذا، سميت عُمري لتقييدها بالعُمْرِ إما بعمر صاحب العين أو بعمر الشخص الآخر وهو المُعْمَر له . انظر: المغني: (٨/ ٢٨٢)، وبداية المجتهد: (٢/ ٤٠٥)، والتعريفات للجرجاني: ص(١٥٢)، والتعريفات الفقهية للبركتي: ص(٣٩٠) .

(٢) الرقبي: وهي أيضًا نوع من أنواع الهبة، وصورتها: أن يقال مالك العين لشخصٍ آخر: أرقبتُكَ هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك إن متَّ قبلي عادت إليّ وأن مِتُّ قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول لصاحبه: هي لآخرِنا موتًا، وبذلك سميت رُقْبى؛ لأن كل واحدٍ منهما يرقب موت صاحبه .

انظر: المغني: (٨/ ٢٨٢) .

(٣) انظر: تفصيل المسألة بدائع الصنائع: (٧/ ٣٦٧)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٩٣)، وبداية المجتهد: (٢/ ٤٠٥)، وجواهر العقود: (١/ ٣٩٧)، وشرح ميارة على تحفة الحكام: (٢/ ١٦٠)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤٠٩)، والمغني: (٨/ ٢٨٢) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٨٣) .

(٥) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١١/ ٧٢) بهذا اللفظ في باب العمري من كتاب الهبات، برقم: (٤١٦٤) .

(٦) انظر تفصيل المسألة: في بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٤)، والفروق للقرافي: (٤/ ٢٠-١٨)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٤٣-٤١)، وشرائع الإسلام: (٢/ ١٤٠)، والأم: (٢/ ٢٦٤، ٢٦٦)، ونهاية المحتاج: (٨/ ١٢٦-١٢٧)، وشرح المحلي على المنهاج: (٢/ ٢٤٧)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٣٨)، والمحرر: (٢/ ١٩٥)، =

فجمهور الفقهاء[١] على إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلو أن إنسانًا أسقط مليكته عن شيء أو أعرض عنها فإنها تبقى ملكًا له كما لو صَادَ إنسانٌ صيدًا ثم أطلقه؛ فإنه يبقى على ملكه، فإذا صَادَه آخر فإن للأول استرداده منه[٢] وكما لو أحيا أرضًا ثم تركها، وأتى آخرُ فأحياها فإن للأول استردادها منه .

ولكنهم استثنوا من هذا الأصل -وهو عدم جواز إسقاط الملكية- أشياء واختلفوا في بعض فروعها أيضًا[٣] .

٦-ملكية العين لا يضمنها صاحبها إذا أتلفها:

هذه الخاصية تدل على أن مالك العين ملكًا تامًا إذا أتلفها لا يضمن مثلها إن كانت مثلية، ولا قيمتها إن كانت قيمية؛ لأنه لا فائدة من هذا الضمان إذ أنه إن ضمن ضمن لنفسه وذلك لا معنى له، وهو عبث تنزهت الشريعة عنه .

وليس معنى ذلك أن الذي أتلف ماله يعفى من كل تبعةٍ لإتلافه ماله بل إنه مسئول ديانة عما أتلفه، وقد يستحق التعزير على عمله، وقد يؤدي عمله هذا به إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله فيمنع من التصرف بماله ويتولاه عنه غيره لعجزه عن القيام بمصالحه، وقد يتعرض للمسئولية أمام الدولة إذا كان التالف من الأملاك التي لها علاقة بالدولة[٤] .

ثانياً: خصائص الملك الناقص [٥] : يأتي بيانها على النحو التالي:

والمغني: (٨/ ١٤٧-١٤٦)، وكشاف القناع: (٤/ ١٨٥)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٤٥٩)، والروضة البهية: (٢/ ٢٧٥)، وجواهر الكلام: (٦/ ٣٦-٣٥)، والملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٧٣-٧٢)، و(٢/ ١٣١-١٣٠) .

(١). انظر: تفصيل المسألة في المصادر السابقة وكذلك الهداية مع شروحها: (٨/ ١٣٨)، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: (٢/ ١٣٣) و الملكية في الشريعة: (١/ ٤٥٧) .

(٢) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٤١)، و نهاية المحتاج: (٨/ ١٢٧-١٢٦)، وشرح المحلى على المنهاج: (٢/ ٢٤٧)، و يأتي تفصيل الكلام في قاعدته -إن شاء الله- .

(٣) راجع المصادر السابقة .

(٤) انظر: الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة: ص(٧٥) .

(٥) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: (١/ ٢٥٧-٢٥٤) و الملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٨٠-٧٩) و الملكية في =

أ-خصائص ملك الرقبة، وحدها:

أنها لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل، وأن ملكيتها دائمة بخلاف ملك المنفعة إذ الأصل فيه التوقيت، وأن مالك الرقبة وحدها لا يملك حق الانتفاع بأي وجه من وجوه الانتفاع لا بنفسه ولا بغيره، وكذلك يمنع مالك الرقبة من التصرف بها بما يضر مالك المنفعة وأن ملكية الرقبة وحدها تنتهي إلى ملكية تامةٍ بعد انتهاء مدة الانتفاع من مالك المنفعة(١) .

ب-خصائص ملكية المنفعة وحدها:

١-يتعلق حق ملك المنفعة بالعين ولكن العين ملك غيره، وإنما استفاد ذلك الحق من مالك العين(٢)، ولذلك كان المنتفع مطالبًا بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله، لكي يعيدها إلى مالكها صحيحة سالمة وإذا هلكت بفعله أو تقصيره في المحافظة عليها كان ضامنًا لصاحبها بقيمتها إن كانت قيميةً، ومثلها إن كانت مثلية، ولا يضمن إن هلكت من غير تعدٍ أو تقصير في المحافظة عليها(٣) .

وعلى هذا إذا تلفت العين المملوك منها منفعتها بطلت ملكية المنفعة لأن حقه متعلق بمنافعها، فإذا فاتت سقط حقه .

٢-إن ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع، وفي زمانه ومكانه وهو يخالف بذلك الملك التام فإنه لا يقبل التقييد بالشرط(٤) .

٣-ملك المنفعة فقد اختلفوا في إرثه، فهل يورث فينتقل لورثته أو لا يورث، بل ينتهي بوفاة المالك، ولا ينتقل لورثته .

الشريعة: (١/ ٤٥٦-وما بعدها) .

(١) انظر: المصدر السابق، وكذلك الملكية الخاصة: ص(١٤٥-١٤٤) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢١٥-٢١٤)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٨٧)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٩)، وكشاف القناع: (٤/ ٦٧) .

(٣) انظر تفصيل المسألة: في بدائع الصنائع: (٦/ ٣١٥) وما بعدها، وتبيين الحقائق: (٥/ ٨٤)، والهداية: (٣/ ٢٢٠)، والقوانين الفقهية: ص(٣٢١)، والمهذب: (١/ ٣٧٠)، وكشاف القناع: (٤/ ٧٠) .

(٤) انظر: تفصيل الكلام في: حاشية ابن عابدين: (٦/ ٣١)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٢١٥)، والقوانين الفقهية: ص(٢٣٧)، والجمل على المنهج: (٣/ ٥٦٠)، والمغني لابن قدامة: (/) .

=

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن المنفعة تورث كما تورث الأعيان(١) وخالفهم في المسألة الحنفية، فقالوا: بأن المنافع لا تورث(٢) .

وعلى قول الجمهور فإن ملكية المنافع وحدها لا تختلف عن الملكية التامة ولا عن ملكية الرقبة وحدها، وعلى قول الحنفية فإن المنفعة يخالف الملك التام وملك الرقبة وحدها فإنهما يورثان وينتقلان بالخلافة إلى الوارث .

ج-خصائص ملك الانتفاع وحده:

١-حق الانتفاع لا يحصل به الملك، وعلى هذا من ملك حق الانتفاع من شيء فلا يملك المعاوضة عليه، كطعام الضيف الذي يقدمه له المضيف؛ لأنه إباحة محضة لا يحصل به الملك(٣) .

٢-ملك الانتفاع حق شخصي، فالضيف الذي يقدم له الطعام أو الذي يأذن له صاحب حديقة أن يتناول من ثمرها ما شاء ليس له أن يطعم غيره، لأن هذا من قبيل الإباحة، والإباحة منح للمباح له، وليس له أن يملك غيره ذلك(٤) .

يقول القرافي -رحمه الله- فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط(٥) ... كالإذن في سكن المدارس، والربط، والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك(٦) .

---

(١) وهو قول المالكية، والشافعية والحنابلة . انظر تفصيل المسألة في القوانين الفقهية: ص(٢٣٩)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣١٧)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٤٢) .

(٢) انظر تفصيل كلامهم في: بدائع الصنائع: (٤/ ٢٢٢)، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار: (٤/ ٤٥) .

(٣) المسألة خلافية فالجمهور على أنه إباحة محضة لا يحصل به الملك وخالفهم في ذلك الشافعية وبعض فقهاء المالكية، فقالوا: إن الضيافة تمليك؛ لأنها بالتقديم ألحقت بالمباحات تملك بالاستيلاء . انظر: حاشية قليوبي وعميرة: (٣/ ١١٠)، والفروق للقرافي: (٣/ ٢١٣)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٩)، وقيود الملكية الخاصة: ص(١٥٦) .

(٤) انظر: القواعد لابن رجب: ص(١٨٩)، والملكية ونظرية العقد: ص(٧٠)، وقيود الملكية الخاصة: ص(١٥٧-١٥٦)، والفروق للقرافي: (١/ ٣٣٤) .

(٥) الفروق للقرافي: (١/ ٣٣١) .

(٦) انظر: إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط: (١/ ٣٣١) .

المطلب الخامس: الفرق بين الملكية والإباحة والاختصاص

أولًا: الفرق بين الملكية والإباحة:

الملكية كما سبق تعريفها: بأنها اختصاص إنسانٍ بشيء يخوله شرعًا الانتفاعَ والتصرف فيه وحده ابتداءً إلا لمانعٍ(١).

والإباحة -كما سبق تعريفها- بأنها: الترخيص والإذن لواحدٍ أن يأكل أو يتناول شيئًا بلا عوضٍ(٢) أو الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله(٣).

وعلى هذا فالإباحة تفيد ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه(٤)، كما أن الملكية تفيد ملك العين والمنفعة والانتفاع(٥).

والفقهاء -رحمهم الله- يفرقون بين الملكية والإباحة على ما يأتي:

١-أن الملك يكسب صاحبه سلطان التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع، بخلاف الإباحة فهي تكسب صاحبها أن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن، والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته أو من الشارع كالانتفاع بالمرافق العامة، من طرقات وأنها رو مراعي وغير ذلك، فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته بعكس المملوك(٦).

٢-أن الإباحة العامة التي تكون من جهة الشارع قد تكون سببًا للملك أو الانتفاع، بخلاف الإباحة الخاصة فإنها لا تكون سببًا للملك بحالٍ، وعلى هذا فالإباحة تباين الملك وهي ليست تمليكًا أصلًا(٧). بل الإباحة سبب من أسباب الملك، وقد سبق بيان ذلك.

٣-أن المباح له حكمه يتعلق بعينه وتصرفه إما بالاستهلاك أو بالاستعمال أو الانتفاع بخلاف

(١) انظر: ص: (٦٨) من الرسالة.

(٢) مجلة الأحكام، مادة رقم: (٨٣٦٠).

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٦١).

(٤) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٣٦٧)، والمنثور في القواعد: (١/ ٧٤).

(٥) انظر: القواعد لابن رجب: (١٨٨).

(٦) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٦١).

(٧) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٨٣).

=

مالك الأشياء فإنَّ حكمه لا يتعلق بعينه، ولا بتصرفه، فيتصرف عنه وليه أو وصيه أو وكيله، وهو يملك وإن كان ممن لا يتصرف .

فالملكية لا تعتمد على التصرف بخلاف الإباحة .

٤-ومن الفقهاء من جعل الإباحة تمليكًا(١)، وهم لا يفرقون بين الملك والإباحةِ إلا أن بعضهم حملوا الإباحة على ملك الانتفاع(٢) .

ثانيًا: الفرق بين الملكية والاختصاص:

أ-تعريف الاختصاص عند الفقهاء:

حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقة بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات(٣) .

والحنفية لا يستعملون لفظ حق الاختصاص، وإنما يستعملون لفظ حق، ذكر في الحاوي القدسي: «وهو (الحق) في عرف الشرع عبارة عما يختص به الإنسان انتفاعًا وارتفاقًا لا تصرفًا كاملًا، كطريق الدار ومسيل الماء، والشرب، وشارع الطريق فإنه قد ينتفع بمسيل مائه على سطح جاره، وبطريق داره، ولو أرادَ أن يتصرف بالتمليك فيه بيعًا أو هبةً أو نحوهما لا يمكنه ذلك»(٤) .

ب-الفرق بين الملك والاختصاص:

١-الملك يتعلق بالأعيان والمنافع، والاختصاص إنما يكون في المنافع، وبأن الاختصاص أوسع، ولهذا شواهد منها: أنه يثبت فيما لا يملك من النجاسات كالكلب، والزيت النجس وجلد الميتة ونحوه(٥) .

ويشهد لهذا مسائل كثيرة منها: لو أوصى بكلب أو كلاب لأجنبي، وله متمول، فإنه ينفذ في الكل على الأصح؛ لأن حق الاختصاص ليس كحق الملك، فكان للمريض أن ينقل اختصاصه في

---

(١) وهم جمهور الشافعية وابن الشاط من المالكية . انظر: المنثور في القواعد: (١/ ٧٤)، وحاشية ابن الشاط: (٣/ ٢١٣) .

(٢) وهو ابن الشاط وابن رجب من الحنابلة، انظر: حاشية ابن الشاط: (٣/ ٢١٣)، والقواعد لابن رجب: ص(١٨٨) .

(٣) القواعد لابن رجب: ص(١٨٤) .

(٤) الحاوي القدسي: (و/ ١٥ب) . نقلاً من الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ١٩٤)

(٥) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ١٣٧) .

=

ذلك لمن شاءَ من الأجانب من غير أن يحسب من الثلث إذا لا مالية في ذلك[1] .

٢-اختصاص الإنسان بشيء معينٍ لا يطلق له حرية التصرف والانتفاع، فيما يختص به، كما هو في الملك، فإنه يطلق له حرية التصرف والانتفاع انتفاعًا كاملًا كما أشاره إليه الحنفية في تعريفهم .

٣-الملك يقتضي التصرف الكامل في المملوك لصاحبه، بخلاف الاختصاص فإنه لا يقتضي ذلك، ولهذا سماه بعض الفقهاء حقًا إبقاءً له على أصل تسميته؛ لأنه حق من الحقوق، و سماه آخرون اختصاصًا تمييزًا له عن غيره من الحقوقِ، فما سمي اختصاصًا يميزه عن الملك أن صاحبه لا يتصرف فيما اختص به تصرفًا كاملًا .

وعلى هذا فإنه لا يجوز بيع ما يسمى حقًا أو اختصاصًا عند الفقهاء: ويجوز ذلك بالنسبة للملك[2] .

٤-حق الاختصاص وإن لم يكن ملكًا إلا أنه يمنع غيره أن يتملك الشيء المختص به، إلا بإذن صاحب الاختصاص، وعلى هذا فإن إقطاع الإمام للأرض يفيد اختصاصًا مانعًا من المزاحمة[3]، فلا يجوز رفع هذا الاختصاص بالإحياء وأنه لا يعد ملكًا، ولو تهجم عليه من يروم الإحياء كان له منعه، فإذا لم يعد ملكًا فلا يصح بيعه، لكن يورث، ويصح الصلح عليه[4] .

وعلى هذا حق الاختصاص يمنع ثبوت الملك في الشيء المختص به .

ج-اختلف الفقهاء في الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به هل يثبت فيه حق الاختصاص أو يجرى عليه حق الملك؟ على قولين:

القول الأول: أن الكلب الذي يجوز اقتناؤه يثبت لصاحبه اختصاص به، ولا يثبت له الملك فيه، وعلى هذا لا يجوز بيعه، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية والحنابلة[5] .و هو قول للإمام

---

(١) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ١٢٧) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٥)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٤٣٣)، والروض النضير: (٣/ ٣١٠) .

(٣) هذا عند بعض الفقهاء، وقد سبق بيان ذلك في الكلام على الإقطاع في الفرع الأول من أسباب الملكية .

(٤) انظر: شرائع الإسلام: (٢/ ١٦٩)، والروضة البهية: (٢/ ٢٥٥) .

(٥) انظر: القواعد لابن رجب: ص(١٨٤) .

=

أبي حنيفة[١]

قال أبو حنيفة -رحمه الله- بيع الكلب جائز، وثمنه حلال، والقيمة على متلفه واجبة سواء أكان منتفعًا به أم غير منتفع[٢] .

ذكر الدسوقي: أنه لا يجوز بيع كلب الصيد والحراسة في مشهور المذهب وإن جاز اتخاذها، لنهي الرسول ﷺ عن ثمن الكلب،[٣] ولكن إذا أتلف وجبت قيمته؛ لأنه تعدٍ بقتل ما أذن الشارع في افتنائه[٤] .

وقال الماوردي: «بيع الكلب باطل، وثمنه حرام ولا قيمة على متلفه بحالٍ سواء أكان منتفعًا به أم غير منتفع»[٥] .

قال: قال الشافعي: ولا يجوز اقتناؤه إلا لصاحب صيدٍ أو حراسةٍ أو ماشيةٍ فلا يجوز اقتناؤه إلا أن يكون منتفعًا به»[٦] .

القول الثاني: إن الكلب الذي يجوز اقتناؤه يثبت لصاحبه الملك فيه، ويعتبر ذلك مالًا، ويجوز اقتناؤه بكل حالٍ، وهو مذهب الحنفية[٧]، وقول للمالكية ذهب إليه سحنون[٨]، وبه قال من الفقهاء عطاء والنخعي[٩]، وهو قول ابن حزم من الظاهرية[١٠] .

---

(١) انظر: الإفصاح: (١/ ٢٠٨) .

(٢) انظر: المصدر السابق: (١/ ٢٠٨) .

(٣) الحديث أخرجه النسائي في سننه (٧/ ٢١٦) في باب الرخصة في ثمن الكلب من كتاب الصيد، و صححه الألباني في صحيح سنن النسائي (٣/ ٩٦٦).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ١١) .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٦٣) .

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٦٣) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٣)، وحاشية ابن عابدين: (١/ ١٠٨)، ورحمة الأمة: (١/ ١٨٤) .

(٨) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ١١)، وشرح ميارة على تحفه الأحكام: (١/ ٢٧٩، ٣١٥) .

(٩) انظر: نيل الأوطار: (٥/ ١٦٣)، وشرائع الإسلام: (١/ ١٦٤) .

(١٠) انظر: المحلى: (١٠/ ٢٩٦)، و(٩/ ٦١٧) .

الباب الأول: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بأركان الملكية:

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط الفقهية فيما تثبت فيه الملكية وأثرها .

الفصل الثاني : القواعد والضوابط الفقهية فيما لا تثبت فيه الملكية .

المبحث الأول: قاعدة: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته

هذه القاعدة من القواعد العامة التي تتعلق بأحكام الملكية، وهي كأصل فقهي تنص على محل الملك وما يلحق به سواء اشترط المالك في عقد الملكية أو لم يشترط، فالقاعدة بالصياغة المذكورة من الأصول المقررة عند الفقهاء، وهي تحتوي في طياتها أحكام لوازم المال المملوك وتوابعه عقلاً أو عرفاً أو شرعاً.

والقاعدة بهذا اللفظ في الحقيقة مستوحاة من القاعدة العامة المشهورة: **التابع تابع**[١]، فهي تنبثق عن قاعدة التبعية وتمثل أصلاً في باب الملكية بحيث تلقي ضوءا على ما يتبع المال المملوك، وبالتالي يدخل في عقد الملكية، ويثبت فيه الملك شرعاً وما لا يتبعه ولا يدخل في العقد.

دراسة هذه القاعدة تتكون من العناصر الآتية: وهي على النحو المذيل:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

القاعدة باللفظ المذكور من القواعد أو المواد الشرعية التي سطرها أصحاب مجلة الأحكام العدلية[٢]، وقد ذكرها بالصيغة المذكورة مع زيادة يسيرة صاحب الهداية المرغيناني[٣]، وصاحب تبيين الحقائق[٤].

---

(١) انظر: هذه القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٠)، ومجلة الأحكام العدلية (١/ ٣٩)، مع شرح سليم باز اللبناني والقواعد الفقهية للندوي (ص٣٦٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص٣٣١).

ومعنى هذه القاعدة: أن التابع لغيره في الوجود حقيقة أو حكماً يستحب عليه حكم المتبوع الذي لا ينفرد بالحكم بل يدخل في الحكم مع متبوعه، وذلك لأن التابع لا يحمل وجوداً مستقلاً بل وجوده تابع لوجود غيره.

انظر: المراجع المذكورة آنفا.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية (١/ ٣٩) مع شرحها.

(٣) المرغيناني: هو برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الراشداني، صاحب الهداية والبداية وكفاية المنتهى، وغيرها توفي سنة ٥٩٣هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء: (٢١/ ٢٣٢)، وتاج التراجم: ص(٢٠٦).

(٤) هو أبو عمرو عثمان بن علي بن محجن الزيلعي الصوفي البارعي، قدم القاهرة سنة (٧٠٥)هـ، وشرح كتاب كنز الدقائق، =

فالنص عندهما: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه[1]. وتقرر هذا الأصل عبارات من الفقهاء منها: ماقال الإمام القدوري[2] في كتابه[3]: «من باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، ومن باع أرضاً دخل ما فيها وإن لم يسمه...، ومن باع داراً دخل في المبيع مفاتيح أغلاقها».

ويشهد لهذا الأصل ما ذكره العلامة خليل[4] في مختصره[5]، تناولَ البناءَ والشجرُ: الأرض وتناولتهما، لا الزرعُ... والدارُ: الثابتَ كبابٍ ورَفٍّ ورحًا مبنيةٍ بفَوْقَانيتها».

ويقوي هذا المعنى ما قاله الإمام الشافعي[6] -رحمه الله تعالى-: «وكل أرض بيعت فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل».

قال الماوردي معلقاً على ما ذكره: «فإذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخل في البيع، فكذا محل ما كان في الأرض متصلاً بها من مسمياتها سواء كانت أجراً أو حجارة أو تراباً وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبالاً، وجوخاتها وبيدرها وقدرها والحائط التي يحظرها، وسواقيها التي تشرب الأرض منها، وأنهارها التي فيها وعين الماء إن كانت فيها فإنه يملكها»[7].

قال صاحب الهداية: «من باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف، ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعاً له، ومن باع أرضاً دخل ما فيها

وأسماه بتبيين الحقائق، توفي سنة (٧٤٣)هـ.

انظر: حسن المحاضرة: (١/ ٤٧٠)، والفوائد البهية: ص(١١٦-١١٥).

(١) انظر: الهداية بشرح فتح القدير (٩/ ١٧٤)، (١٠/ ٦٥)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٥٨).

(٢) هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد ابن جعفر بن حمدان القدوري البغدادي، ولد سنة ٣٦٢هـ، وتوفي سنة ٤٢٨هـ، وله مختصر معروف بالكتاب في المذهب الحنفي. انظر: الفوائد البهية ص(٣١-٣٠)، والجواهر المضية(١/ ٢٤٧).

(٣) انظر: الكتاب مع شرحه اللباب (٢/ ٢٠٠).

(٤) هو أبو المودة خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب الجندي، وله مختصر معروف بمختصر خليل الذي صار عليه عمدة المذهب المالكي، توفي سنة ٧٦٩هـ. انظر: شجرة النورزكية: ص(٢٢٣) و نيل الابتهاج ص (١١٥-١١٢).

(٥) انظر: مختصر خليل مع شرح منح الجليل للشيخ عمر عليش (٥/ ٢٨٥-٢٨١).

(٦)انظر: مختصر المزني مع شرحه الحاوي (٥/ ١٧٦).

(٧) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ١٧٦).

=

من النخل والشجر وإن لم يسمه، لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء»[١].

قال ابن الهمام معلقاً عليه: «الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحى، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحساناً، والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار، وهذا متعارف في ديارهم، أما في ديار مصر- لا تدخل رحى اليد لأنها بحجرها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع، والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار»[٢].

ويعضد هذا القول ما أشار إليه ابن قدامة في المغني[٣]: «وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها، وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة، والخوابي[٤] المدفونة، والرفوف المسمرة، والأدوات المغروزة، والحجر المنصوب من الرحى وأشباه ذلك، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكراسي والمناضد مثلاً».

فبناء على ما ذكر ظهر لنا أن القاعدة بمعناها ومدلولها وفروعها مما اعتنى بها الفقهاء قديماً وحديثاً، وليست القاعدة من صنيع أصحاب المجلة فحسب بل القاعدة بمسائلها مما أشار إليه المتقدمون، ويظهر ذلك جلياً من خلال الفروع المندرجة تحت القاعدة أيضاً.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها من المسائل:

أ-قولهم: من ملك شيئاً: ما هو المقصود بالشيء في هذه القاعدة؟

يأتي بيان ذلك على النحو التالي:

الشيء في اللغة: الموجود وما يتصور ويخبر عنه[٥]، قال الكفوي[٦]: هو لغة ما يصح أن يعلم ويخبر

---

(١) انظر: الهداية مع شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٩).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٥٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٤٣-١٤٢).

(٤) الخوابي جمع خابية و هي وعاء الماء الذييحفظ فيه. انظر: مختار الصحاح: ص (١٦٧) و المعجم الوسيط: ص (٢١٣)

(٥) انظر: المعجم الوسيط: (١/ ٥٠٢).

(٦) هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكرمي الكفوي الحنفي، عين قاضيا في أستنبول، من آثاره العلمية الكليات وشرح البردة للبوصيري، توفي سنة ١٠٩٤هـ. انظر: الأعلام (٢/ ٣٨) وهدية العارفين (١/ ٢٢٩) ومعجم المؤلفين (٢/ ٣١).

=

عنه فيشمل الموجود والمعدوم ممكناً أو محالاً[١].

وقيل: الشيء عبارة عن الموجود، وهو اسم لجميع المكنونات عرضاً كان أو جوهراً، ويصح أن يعلم ويخبر عنه[٢]، وقال بعضهم: هو عبارة عن كل موجود إما حساً كالأجسام أو حكماً كالأقوال نحو: قلت شيئاً[٣].

وهو في الاصطلاح: قال الجرجاني[٤]: هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج[٥].

قال الكفوي[٦]: هو اصطلاحاً خاص بالموجود خارجياً أو ذهنياً. ﴿ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﴾[٧].

والمقصود بالشيء هنا أي في القاعدة: كل ما يصح أن يملك شرعاً ويستقل بالحكم أو ينفرد بالحكم عرفاً أو عقلاً أو شرعاً.

فعلى هذا كل ما يصح أن يملك على أربعة أقسام[٨]:

١-أن يكون عيناً مع منفعته أو بدون منفعته .

٢-أن يكون منفعة محضة.

٣-أن يكون انتفاعاً.

٤-أن يكون ديناً.

---

(١) انظر: الكليات للكفوي: ص(٥٢٥).

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٣٠) والتعريفات الفقهية: ص(٣٤٣).

(٣) المصباح المنير: (١٢٦).

(٤) هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي، أبو الحسن، المعروف بالشريف الجرجاني عالم حكيم مشارك في أنواع من العلوم، ولد بجرجان سنة ٧٤٠هـ، من آثاره: التعريفات، وشرح المواقف للإيجي، وحاشية على تفسير البيضاوي وغيرها، توفي سنة ٨١٦هـ بـ شيراز. انظر: الفوائد البهية ص(١٣٧-١٢٥) ومعجم المؤلفين (٧/ ٢١٦) والأعلام (٥/ ٧).

(٥) التعريفات الفقهية: ص(٣٤٣)، والتعريفات: ص(١٣٠).

(٦) الكليات للكفوي: ص (٥٢٥).

(٧) الآية: (٢٣) من سورة الكهف.

(٨)انظر: هذه الأقسام في قيود الملكية الخاصة: ص(١٠٤-٩٨).

وقد تقدم بيان هذه الأقسام في أقسام الملكية، فعلى البيان السابق يشترط في الشيء المملوك ما يأتي:

١-أن يكون مما يصح أن يملك شرعاً.

٢-أن يكون مما يستقل بالحكم، ويعتبر ذلك عند الفقهاء أصلاً فكل ما لا يستقل بالحكم يكون تبعاً لأصله.

٣-أن يكون مما يثبت حكماً ولو في الذمة.

ب- معنى الضرورات لغة واصطلاحاً والمقصود بها في القاعدة:

١ - الضرورات جمع ضرورة و الضرورة في اللغة: اسم من الإضرار، والإضرار: الاحتياج الشديد، والضراء نقيض السراء، ولهذا أطلقت على المشقة والمضرة(١).

٢-والضرورة في الا صطلاح: هي كما عرفها الشاطبي: «ما يفتقر إليه من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي -في الغالب- إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب فإذا لم تراع دخل على المكلفين -على الجملة- الحرج والمشقة»(٢).

قيل: مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له، وأيضاً ما لا يفتقر إلى نظر وا ستدلال حيث تعلمه العامة(٣).

٣-والمقصود بالضرورات في القاعدة هي الأشياء التي تتبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة لا من طريق وضع اللفظ(٤).

٤-ضوابط ضرورات الشيء ولوازمها عند الفقهاء:

ذكر الفقهاء رحمهم الله ضوابط تصلح أن تكون قواعد قانونية تبين ما يلزم الملك أو الشيء المملوك بلا ذكر عند إبرام العقد وهي:

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(١٣٦)، والقاموس المحيط: ص(٥٧٤).

(٢) الموافقات للشاطبي: (٢/ ١١-١٠).

(٣) انظر: التعريفات الفقهية: ص(١٣٤)، والتعريفات للجرجاني: ص(١٣٨).

(٤) شرح الأتاسي: (١/ ١١١)، ومجامع الحقائق: ص(٣٧١).

=

١-كل ما هو متصل بالشيء اتصال قرار(١): مثال ذلك: الأدوات الصحية في المنزل، والشجر في المزرعة.

٢-كل ما هو من حقوق الشيء(٢): ومثال ذلك التهوية وهي المسافة التي تترك بين بيته وبيت جاره حتىٰ لا يحجب النور والهواء وتتعطل منافع بيته.

ومن حقوق الشيء كذلك كل ما هو منفصل ولا تتم مصلحة الشيء إلا به،(٣) ومثال ذلك المفتاح بالنسبة للسيارة، والبيت.

٣-كل زيادة تحصل في الملك بعد العقد وقبل القبض(٤)، ومثال ذلك السمن في الحيوانات وذلك لأنها نماء ملكه فتدخل في لوازم الملك.

٤-كل ما يعد جزءاً من الشيء(٥) مثال ذلك المرايا بالنسبة للسيارة.

هذه ضوابط لوازم الملك، ويمكن أن تصلح قواعد قانونية تنطبق علىٰ جزئيات فقهية كثيرة. والله أعلم بالصواب.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المشهورة لدىٰ الفقهاء رحمهم الله.

والقاعدة باللفظ المذكور تدل علىٰ أن من يملك شيئاً مما يصح أن يتملك شرعاً فهو يملك بذلك الملك ما هو من لوازمه وتوابعه ومتمماته.

فملكية العين تستلزم ملكية توابعها من حيث العرف والعادة.

وذلك لأن التابع تابع، فكل ما يدخل في مسمىٰ الملك باعتبار الدلالة العرفية يتبع الأصل في الحكم ولا يحتاج ذلك إلىٰ بيان أو اشتراط لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

والقاعدة بمدلولها العام تفيد أن **كل ما هو ليس من لوازم الملك ولا توابعه ولا ضروراته لا**

---

(١) انظر: الدر المختار (ص١٩٨). ط الواعظ، وجواهر الإكليل (٢/ ٥٩)، والأم (٢/ ٤٧)، والمبدع (٤/ ١٥٤).

(٢) انظر: الدر المختار (ص١٩٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٢٨)، والمغني لابن قدامة (٦/ ١٤٣-١٤٢).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٨)، والذخيرة للقرافي (٥/ ١٥٥)، والمبدع لابن مفلح (٤/ ١٥٥).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية (١/ ١٢١)، وكذلك المواد التالية (٢٣٦-٢٣٠) ومرشد الحيران (ص١٢٠).

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٢٢٢)، والمغني لابن قدامة (٦/ ١٤٥،١٤٤).

يدخل في الملك حكماً، ولا يجوز لصاحب الملك أن يدعي بذلك بناء على ملكه الثابت في الأصل مثل الزوائد المنفصلة والنتاج، فبناء على هذا إذا أراد صاحب الملك أن يتملك ما ليس من لوازم العقد فعليه أن يشترط ذلك عند حصول العقد.

و الأصل المعول عليه في هذا هو العرف، وهو الذي يحدد مسمى الملك وتوابعه، فما اعتاده الناس، وتوافقوا عليه في حياتهم ومعاملاتهم، وخبراتهم في طبائع الأشياء ومكوناتها وحقوقها وضروراتها وزوائدها، كل ذلك هو العرف الصحيح الذي لا يخالف نصاً شرعياً، وهو الذي يبين ما يدخل في الملك تبعاً دون أن ينص عليه في العقد، ويشترط أن يكون الذي يتناول الملك غير الأصل والمتبوع.

وبالنظر في الأحكام الفقهية التي نص عليها الفقهاء فإنني أجد أن كل هذه الأحكام تستند وترجع إلى العرف.

فالدليل على أن أشياء معينة من حقوق الملك أو من أجزائه أو تتصل به اتصال قرار أو من زوائده هو العرف، كما أن الدليل على أن حقوق الملك وأجزائه وما يتصل به اتصال قرار وزوائده من توابع الملك هو العرف كذلك والله أعلم.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة والأدلة عليها:

هذه القاعدة من القواعد التي اتفق عليها الفقهاء[1]؛ لأنها مستوحاة من القاعدة العامة المشهورة **(التابع تابع)**[2].

وذلك لأن لوازم الأشياء تابعة لها في الحكم، والأدلة على القاعدة كثيرة منها:

١- حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد أبرت، فثمرها**

---

(١) انظر: الهداية (٩/ ١٧٤)، (١٠/ ٦٥)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٨٥)، وحاشية الشلبي (٥/ ٢٢١)، والكتاب مع شرحه (٢/ ٢٠٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤٧)، وشرح منح الجليل (٥/ ٢٨١)، والحاوي الكبير للماوردي (٥/ ١٧٧)، والمغني لابن قدامة (٦/ ١٤٢، ١٤٤، ١٤٣)، وشرح المجلة للأتاسي (١/ ١١١).

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٤٧)، وغمز عيون البصائر (١/ ١٥٤).

=

للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(١).

وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة، فيكون ما قبله للمشتري، يدخل في المبيع لازماً ولو لم يكن حداً، ولما كان ذكر التأبير مفيداً.

فدل الحديث على أن النماء الكامن لظهوره غاية، فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره.(٢)

٢-ولأن النبي ﷺ نهى عن **الثنيا إلا أن تعلم"**(٣).

وجه الاستدلال منه: أنه يدل بمنطوقه أن المبيع يشمل جميع لوازمه ولا يصح استثناء شيء مجهول منه، لأن الاستثناء المجهول يجعل المستثنى منه مجهولاً.

٣-الأصل المتفق عليه هو أن العادة محكمة إذا كانت مطردة.

وهذا الأصل يدل أيضاً على صحة هذه القاعدة لأن العادة تحكم في لوازم الملك عند الفقهاء(٤) والله أعلم بالصواب.

٤-ولأن نهي النبي صلى الله عليه و سلم عن بيع المضامين(٥) والملاقيح(٦)،(٧) يدل على أن التابع لا يفرد بالحكم، وإنما يتبع أصله باللزوم. وهو يشهد بصحة القاعدة.

ويرى الشيخ مصطفى الزرقا أن قاعدة : "من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته والتابع لا

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٠٢)، في باب «من باع نخلاً قد أبرت ... » من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧٣-١١٧٢) في باب «من باع نخلاً عليها ثمر» من كتاب البيوع ..

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٣١).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٢٣٥) في باب في المخابرة من كتاب البيوع، والترمذي في سننه (٥/ ٢٩٠) في باب ما جاء في النهي عن الثنيا من أبواب البيوع والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٠)، في باب النهي عن الثنيا حتى تعلم من كتاب البيوع، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح وأصله في صحيح مسلم.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٦٣)، والعرف والعادة للأستاذ فهمي أبو سنة (ص٧٠)، والمعيار (٦/ ٤٤٩).

(٥) المضامين: ما في أصلاب الفحول. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد (١/ ٢٠٧).

(٦) الملاقيح: ما في البطون وهي الأجنة. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد.(١/ ٢٠٨)

(٧)إشارة إلى الحديث الذي أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٤٧) في باب النهي عن بيع الحبلة من كتاب البيوع، وقد قوى إسناده عند عبد الرزاق الحافظ في التلخيص الحبير (٣/ ١٢).

=

يفرد بالحكم تتفرع عن القاعدة: التابع تابع وأن فيها ترادفاً وتداخلاً[1].

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة فروع فقهية كثيرة، أذكر هنا جملة منها:

١- **بيع الأرض**: يدخل الشجر والبناء في بيع الأرض بلا ذكر، لأن الشجر والبناء متصلان بالأرض، ولم يوضعا للفصل، ولا يدخل الزرع، لأنه وضع للقطع، ودليل ذلك عرف البلد وعوائد الناس، وهو محل اتفاق عند المذاهب الأربعة[2].

٢-ومنها: **بيع الدار**: يدخل كل ثابت ومتصل بها، كالأرض والبناء والأبواب والمفتاح والسلم والسقف ونحوها، ولا يدخل غير الثابت والمنفصل عنها وكذلك المنقولات التي ليست من عمارة الدار وحقوقها كالمتاع، ومعرفة الثابت والمتصل والمنفصل مبنية على الأعراف والعوائد، وهو محل اتفاق عند المذاهب الأربعة[3].

٣-ومنها: **بيع زوائد المبيع المنفصلة**: ذكر ابن رجب في قواعده أحكاماً للنماء المنفصل من حيث تبعيته للمبيع ويأتي بيان ذلك في قاعدة النماء[4].

٤-ومنها: **بيع السيارة**: يدخل فيه: عجلة الاحتياط، والرافعة، ومفتاح الجنط، وفرش السيارة، والمساحات والمسجل ورخصة السيارة ونحوها، لأن الناس تعارفوا على أن هذه الأشياء من توابع السيارة.

٥-ومنها: **بيع الجلابيب**: يدخل فيه الأزرار، لأن الناس تعارفوا على أنها جزء من الجلباب.

٦-ومنها: **بيع حقائب السفر ذات الأقفال**: يدخل فيه المفاتيح، لأنه لا ينتفع بها المنفعة المقصودة

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٩٧٧)، ١٠٢٥-١٠٢٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦١٢)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٢٦٠)، والفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣-٤٦٢)، والأم: (٢/ ٤٥)، والحاوي للماوردي: (٦/ ٢٢٠-٢١٠-١٩٥)، والمنهل العذب السبيل: (٢/ ١٠٩)، والوجيز في الفقه للدجيلي: (٢/ ٤٨١)، وحواشي التنقيح لابن سالم المقدسي: ص (١٧٩)، وبيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي لعثمان: ص (٣٥٢).

(٣) انظر: عيون المسائل: (٢/ ١٦٠)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٢٦٠-٢٥٩)، والفروق: (٣/ ٤٦٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٨٤)، وبلغة الساغب: (ص١٩٢)، والروض المربع شرح زاد المستقنع: ص (٣٤٨).

(٤) انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد: (٢/ ١٧٨-١٧٤) .

دون المفاتيح للأقفال، وهذا ما تعارف عليه الناس.

٧-**ومنها: بيع مزرعة الأشجار**: يدخل فيه الأشجار، بئر الماء، الطريق للمزرعة، الأسلاك الشائكة للمزرعة، وأسوارها، لأن الناس في زماننا قد تعارفوا على أن هذه الأشياء تدخل في مسمى البيع.

٨-**ومنها: بيع الشقة من العمارة**: يدخل فيه حق المرور على أدراج العمارة، والمغاسل ومواسير المياه، والتمديدات الكهربائية، والأبواب، والشبابيك ونحوها، لأن الناس تعارفوا على أن هذه الأشياء من حقوق المبيع، ومما يتصل به اتصال قرار.

٩-**ومنها: بيع الحاسوب**: يدخل فيه الشاشة، والبرامج المدخلة، والوصلات الكهربائية، ولوحة المفاتيح، ووحدة التحكم، ومشغل الأقراص، والفأرة والسماعات، والأقراص المشغلة للجهاز، ونحوها لأن العرف يقضي بذلك.

١٠-**ومنها: بيع مدفأة الغاز**: يدخل فيه: الساعة، وأنبوب الغاز البلاستيكي، ووحدة التحكم في الشعلة، والشعلة، والقادح، وبلاطات الجبص، ونحوها، لأن العرف يقضي بذلك.

١١-**ومنها**: لو باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة هل تدخل الثمرة في البيع أم لا ؟ وهي من المسائل القديمة التي لها أثر فعال في المسائل المستجدات.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لو باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة فلا تدخل الثمرة في البيع بل تبقى على ملك البائع.

وأما إذا كانت النخل لم تؤبر فتكون ثمرتها للمشتري هذا عند إطلاق بيع النخل من غير تعرض للثمرة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

واستدلوا بما يأتي:

---

(١) انظر: الفروق: (٣/ ٤٦٥-٤٦٤).

(٢) الأم: (٢/ ٤١).

(٣) بلغة الساغب: ص (١٩٢).

١-عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد ابرت**[١] **فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[٢].

وجه الاستدلال: يدل الحديث بمنطوقه على أن من باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة فالثمرة لا تدخل في البيع، بل تبقى على ملك البائع، واستدل بمفهومه أي بدليل الخطاب على أن النخل إذا لم تؤبر تكن ثمرتها للمشتري . هذا عند إطلاق بيع النخل من غير تعرض للثمرة[٣].

وذكر النخيل ليس بقيد، وإنما لأن سبب ورود الحديث كان في النخل، وفي معناه كل ثمر بارز إذا بيع أصله لم تدخل الثمرة[٤].

٢-واستدلوا بالقياس: وهو قياس الثمرة قبل أن تؤبر على الجنين قبل أن يخرج، وعلى اللبن قبل الحلاب، حيث يدخل كل ذلك في المبيع والجامع بينهما هو الاستتار والخفاء[٥].

والقول الثاني: فإن الثمر للبائع مؤبراً أو غير مؤبر، وهذا مذهب الحنفية[٦].

واستدلوا بما يلي:

١-إن تقييد الحكم بوصف كما ورد في الحديث لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الوصف، فأهل المذهب ينفون حجية مفهوم الصفة[٧].

٢-إن الثمر لا يدخل في المبيع لأنه عين قائم بنفسه[٨].

٣-إن الملك ثابت للبائع في الشجرة والثمرة قبل البيع، والبيع أضيف إلى الشجرة فيقتصر حكمه

---

(١) أبرت: أي تأبر النخل فهو مؤبر، والتأبير هو: التشقيق والتلقيح، ومعناه شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيئاً من طلع النخلة الذكر . النهاية لابن الأثير: (١/ ١٨-١٧).

(٢) الحديث سبق تخريجه في ص (١٥٤)

(٣) انظر: الفروق: (٣/ ٤٦٤)، وإرشاد الساري: (٥/ ١٦٠).

(٤) انظر: إرشاد الساري: (٥/ ١٦٠).

(٥) انظر: الفروق: (٣/ ٤٦٤)، وإرشاد الساري: (٥/ ١٦٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦١٢)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٢٦٢-٢٦١)، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب: (٢/ ٢١٨).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦١٢).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦١٣).

=

عليها، والحديث لم يتعرض لما قبل التأبير بنفي ولا إثبات، فيبقى على ملك البائع[(١)].

٤-إن النبي ﷺ سئل عن بيع النخل المؤبر وحكم الثمار فيها، فكان جوابه مقصوراً على محل السؤال، وهو كل الجملة الحاضرة في غرض المتكلم[(٢)].

ويرد على الحنفية بما يلي:

١-إن القول بأن الثمر شيء مستقل عن الشجر وأن البيع أضيف إلى الشجر، ولكن إذا تعارف الناس على أن الثمر يتبع الشجر فإنه يأخذ حكمه، ويكون ملكاً للمشتري.

٢-إن القول بدليل الخطاب ظاهر، لأنه لو كان حكم غير المؤبرة حكم المؤبرة لكان تقييده بالشرط لغواً لا فائدة فيه[(٣)].

٣-إن جواب النبي ﷺ قد تضمن قيداً، ولا بد أن يكون لهذا القيد فائدة، وإلا لما ذكر.

الذي يظهر لي أن الراجح في هذه المسألة هو القول الأول وهو قول الجمهور، أي أن الثمر المؤبر للبائع، والثمر غير المؤبر للمشتري وهو من لوازم الملك.

و يحتمل اعتماد القول بأن المحكم هنا هو العرف ؛ وذلك لأن النبي ﷺ في هذا الحديث كان يقضي الذي كان سائداً في عصره، فقد يكون عرف الناس في عصر النبوة أنهم لا يجعلون جزءاً من الثمن للثمر المؤبر، وإنما يجعلون الثمن كله للأصل وهو النخل، فكان قضاء النبي ﷺ أن الثمر للبائع، لأنه خال عن العوض، وشجر النخل فقط للمشتري، لأنه مدفوع العوض، فقضى النبي عليه السلام بالعرف في تحديد لوازم الملك.

وأما إذا تغير العرف فأصبح المعروف عند الناس أن الشجر يباع مع ثمره -حتى بعد أن تؤبر وينضج ويتشقق- يصبح الحكم هو أن الثمر يتبع الشجر، ويقوم هذا العرف مقام الشرط الذي استثناه نص الحديث طبقاً للقاعدة الفقهية «**العادة محكمة**»[(٤)]، وقاعدة: «**المعروف عرفاً كالمشروط**

(١) انظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: (٢/ ٢١٨).

(٢) انظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: (٢/ ٢١٨).

(٣) انظر: فتح الباري: (٤/ ٥٠٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر: ص (١١٥).

=

شرطاً»(١).

فالحديث ينص على أن المشتري يملك باشتراط الثمر له مؤبراً أو غير مؤبر، فإذا كان هناك عرف في زمن ما يقضي بأن الثمر لمشتري الأشجار، ولم يشترط المشتري ذلك، أو هناك عرف يقضي بأن الثمر للبائع، ولم يشترط ذلك، فإن العرف يحل محل الشرط في تحديد لوازم الملك.

١٢-ومنها: لو اشترى رجلان داراً لها علو وسفل، واشترى أحدهما منها علوها والآخر سفلها، فمن يملك بذلك السقف بناء على انه من لوازم الدار أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: أن السقف جزء من السفل ومتمم له فيملكه صاحب السفل وهذا مذهب الحنفية(٢)، والمالكية(٣).

جاء في اللآلئ الدرية: «إذا احتاج سقف السفل إلى إصلاح لا يطالب به واحد منهما، أما ذو السفل، فلأنه لا يطالب بإصلاح ملكه، وأما ذو العلو؛ فلأنه لا يطالب بإصلاح ملك الغير...»(٤).

وفي القوانين الفقهية(٥): «إذا كان علو الدار لرجل، وأسفلها لآخر فالسقف الذي بينهما لصاحب السفل، وعليه إصلاحه، وبناؤه إن انهدم ولصاحب السفل الجلوس عليه».

وذلك لأن السفل لا يسمّى بيتاً إلا بالسقف(٦).

ولأن السفل اسم لمبنى مسقف، فكان سطح السفل سقفاً للسفل(٧).

القول الثاني: أن السقف ليس جزءاً من السفل، وإنما هو حاجز بين ملكيهما ينتفعان به، غير متصل

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٢)، وجامع الفصولين: (٢/ ٢٩٠).

(٣) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٣/ ٣٢٩)، والقوانين الفقهية: ص (٣٦٩).

(٤) اللآلئ الدرية: (٢/ ٢٨٩-٢٨٨).

(٥) القوانين الفقهية لابن جزي: ص (٣٦٩).

(٦) القوانين الفقهية: ص (٣٦٩).

(٧) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٢).

=

بيناء أحدهما اتصال البنيان فكان كالحائط بين الملكين، وهذا مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وقد جاء في قواعد ابن رجب أن السقف قد يختص بملك صاحب العلو[٣].

الذي يظهر لي هو القول بأن السقف يتبع السفل، و صاحب السفل هو الذي يملكه وذلك لأن ملك السفل يدخل فيه علوه ويأتي بيان ذلك في قاعدته.

ولأن صاحب السفل هو صاحب القرار، وهو الأرض والأصل في هذا إن كل من ملك شيئاً ملك ما هو فوقه وتحته. والله أعلم بالصواب.

١٣-**ومنها:** من أحيا شيئاً له حريم، ملك الحريم على الأصح تبعاً كما يملك عرصة الدار ببناء الدار، فلو باع حريم ملكه دون الملك لم يصح[٤].

١٤-**ومنها:** حمل البهائم، فإذا كانت البهيمة حاملاً وقت الشراء، فحملها تبع لها كعضو منها بحكم التبعية، وإذا حملت البهيمة بعد الشراء وقبل قبض المشتري إياها فحملها تابع لها يملكه المشتري وذلك بمقتضى أن من أسباب الملكية: التولد من المملوك.[٥]

١٥-**ومنها:** الحجارة المخلوقة في الأرض تدخل في البيع؛ لأنها من أجزائها.[٦]

هذه جملة من الجزئيات الفقهية ذكرتها على سبيل التمثيل وهي تدل على أن لوازم الشيء تأخذ حكمه على سبيل التبعية. والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز: (١٠/ ٣٢٥).

(٢) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٤٠٤) والقواعد لابن رجب: ص (١٥٠).

(٣) القواعد لابن رجب: ص (١٥٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص٣٦٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٤٦)، والأم للشافعي (٢/ ٤٢)، وفتاوى مصطفى الزرقا (ص/ ٥١٥-٥١٦).

(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٢٢٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٨٣-٨٢).

المبحث الثاني:قاعدة: من ملك ظاهر الأرض يملك باطنها

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تتعلق بملكية الأراضي والعقارات، وهي تحوي في طياتها أحكاماً تنبثق من محل الملك، وكيفية ثبوت الملك فيه وقد سبق بيان ما يصلح أن يكون محلاً للملك أو لحق الملكية، ومدىٰ كل منهما والحدود المحددة لمحلها أي لما يتعلق به كل منهما وما يتصل بذلك.

والقاعدة بلفظها المذكور تلقي الضوء علىٰ أحكام ملكية سفل الأرض وباطنها كما أنها تشير إلىٰ ملكية ما فوق الأرض وعلوها ويأتي بيانها علىٰ النحو التالي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة مما أفادته عبارات الفقهاء المتقدمين، وهي بصيغتها ذكرت في المعيار في الفتاوىٰ[1]، وقد نصت المادة (١١٩٤) من مجلة الأحكام العدلية علىٰ أن «كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته أيضاً، يعني: أنه يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء، والتعلي عليه كما يشاء وسائر التصرفات، كحفر أرضها لإقامة المخزن، والتعمق في حفرها كما يشاء لإنشاء البئر»[2].

وإلىٰ هذا أشار ابن الشاط في استدراكه علىٰ القرافي فقال: «لا شك فيه أن من ملك موضعاً له أن يبني فيه، ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره»[3].

وأفاد بفحواها الإمام الزركشي ـ في المنثور حيث قال: «أن من ملك أرضاً اختص بهواها حتىٰ يمتنع علىٰ غيره الإشراع إليه، والتصرف فيه إلا بما لا ضرر فيه كرمي سهم إلىٰ صيد... إلىٰ أن قال: وهذا يدل علىٰ ثبوت الملك إلىٰ تخوم الأرض السابعة مع أنه لا حاجة إليه...»[4].

وذكر في الحاوي الكبير[5] ما يؤكد أصل هذه القاعدة: «لأن من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها...» ثم ذكر أن الصلح علىٰ الهواء لا يجوز لأنه من توابع الملك فلم يجز إفراده بالعقد

---

(١) المعيار في الفتاوىٰ للونشريسي: (٨/ ٤٦٦).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (١١٩٤): (١/ ٦٥٦-٦٥٥).

(٣) إدرار الشروق علىٰ أنواء الفروق لابن الشاط: (٤/ ٤٤).

(٤) المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٦-٢٢٥).

(٥) الحاوي الكبير للماوردي: (٦/ ٤٠٦).

=

كالمرافق[(١)].

وجاء في كشاف القناع ما يؤكد أصل هذا المعنىٰ: «إذا ملك الموضع كان له إلىٰ تخومه فله أن ينزل فيه ما يشاء»[(٢)].

وفي المغني[(٣)]: «من ملك الموضع كان له إلىٰ تخومه»، و جاء في مكان آخر: «من أحيا أرضاً، فملكها بذلك، فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً، إذا كان من المعادن الجامدة؛ لأنه ملك الأرض، بجميع أجزائها وطبقاتها...»[(٤)].

هذه عبارات سطرها الفقهاء رحمهم الله في كتبهم، وهي تدل علىٰ أصل هذه القاعدة، وقد ذكرها أبو عبد الله المقري[(٥)]، وأبو العباس الونشريسي بصيغة الا ستفهام إشارة إلىٰ وجود الخلاف فيها لدىٰ فقهاء المالكية، قال الونشريسي: «القاعدة العاشرة والمائة: من ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا»[(٦)].

و قد وردت القاعدة بلفظ أعم من الـسابق فجاء في المغني لابن قدامة: "من ملك أر ضاً كانت له حقوقها و مرافقها"[(٧)] و كذلك وردت بلفظ: "من ملك شيئاً من هذه الأرض ملكه وما تحته من الطباق" [(٨)]

ومن خلال الألفاظ الواردة في القاعدة يتبين لنا أن الفقهاء جمعوا في عباراتهم بين قاعدة العلو و السفل و قاعدة الظاهر و الباطن علىٰ أن هذه الأشياء من حقوق الشيء المملوك.فالقاعدة لها جانبان: الأول: ملكية باطن الأرض و الثاني: ملكية علو الأرض و هوائها. و أقوم هنا بدراسة الجانبين

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٠٦).

(٢) كشاف القناع: (٢/ ١٩٦).

(٣) المغني لابن قدامة: (٤/ ٣٧٠).

(٤) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧).

(٥) القواعد للمقري القاعدة رقم ١٠٩٠، واللوحة (ب/ ٦٣).

(٦) إيضاح المسالك إلىٰ قواعد الإمام مالك: ص (٣٩٠).

(٧) المغني (٥/ ٥٨٥) و كذلك انظر: الكافي لابن قدامة: (٢/ ٤٤٦) .

(٨) شرح صحيح مسلم للنووي(١١/ ٤٨) .

=

المذكورين لتعلق أحدهما بأخر و لاندماجهما في قاعدة الحقوق و الارتفاق.

واللفظ الذي ذكرته هنا صيغ على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولذا لم يصغ على طريقة الاستفهام. والله أعلم بالصواب.

ثانياً: المقصود بظاهر الأرض وباطنها في القاعدة:

من المعلوم أن الأشياء التي يجوز تملكها قد يكون لها علاقة بأشياء أخرى تتبعها وترتبط بها، ومن تلك الأ شياء التي حكمت العوائد بأنها تتبع بـ شيء إذا وقع العقد عليها أو إذا ملك رجل شيئاً منها الأرض[1]. وهي اسم جنس، لم يقولوا بواحدها، والجمع: أرضات؛ لأنهم قد يجمعون المؤنث التي ليست فيها تاء التأنيث بالتاء كفرسات، ثم قالوا: أرضون بالواو والنون عوضاً عما حذفوه وتركوا فتحة الراء على حالها[2]، وهي كل ما استقر عليه قدماك، وكل ما سفل فهو أرض[3]، وعلى هذا فهي تشمل الأراضي والدور والعقارات وكل ما لا يمكن نقله بأصله.

والمقصود بظاهر الأرض ما ظهر من الأرض، والمقصود بباطنها ما لم يظهر منها كالحجارة المخلوقة فيها، والمعادن المخفية والركازو المرافق وغير ذلك[4].

والقاعدة تشير هنا إلى ما يثبت فيه الملك إذا ملك رجل شيئاً من الأراضي أو الدور أو العقارات، هل يثبت له الملك في علوها وسفلها أم يثبت له الملك على ظهرها فقط.؟

وأوضح القرافي -رحمه الله- ما يشمله لفظ الأرض عند التملك بقوله: "وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كمأبور الثمار فإن كان كامناً في الأرض اندرج على إحدى الروايتين كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها"[5].فكل ما خفي وبطن في الأرض يملكه كل من ملك ظاهر الأرض.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

من ملك بـ سبب من أ سباب الملك المعتبرة شرعاً شيئاً من الأراضي أو الدور أو العقارات أو ما

---

(١) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣).

(٢) انظر: الكليات لأبي البقاء الكنوي: ص (٧٧).

(٣) الكليات: ص (٧٣).

(٤) إيضاح المسالك: ص (٣٩٠)، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: ص (٣٥٢).

(٥) الفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣)، وإيضاح المسالك أيضاً: ص (٣٩٠).

في معناها ملكاً تاماً لا ناقصـاً، ولا ملك منفعة ولا ملك انتفاع فإنه يملك ما في باطنه من الأشـياء الثمينة التي تتبعه وتكون من توابع الملك، كما أنه يملك علوه إلى عنان السماء، فيكون له التصرف فيه كيف يشاء إلا إذا كان هناك مانع يمنعه لمصلحته أو لمصلحة الجماعة، وكذلك يملك سفله إلى تخوم الأرض السابعة، وله أن يتصرف فيه كيف يشاء إلا إذا عارضه مانع..

ومن هذا المعنى يتبين أنه من ملك ظاهر الأرض فإنه يملك باطنها إذا توفر لديه شرطان هما:

الأول: أن يكون ملكه ملكاً تاماً أي ملك عين ومنفعة.

الثاني: أن يكون المملوك من بواطن الأرض من توابع الملك شرعاً، وللفقهاء في هذا تفصيل يأتي بيان ذلك في المسائل إن شاء الله تعالى.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة، والأدلة عليها والمسائل المتعلقة بها:

لا يخفى علينا أنه إذا كانت الأرض محلاً للملك فإنه يرتبط بها العلو إلى عنان السماء، والعمق إلى باطن الأرض فهل يعتبر المالك للأرض مالكاً لعلوها إلى عنان السماء ولعمقها إلى تخوم الأرض السابعة؟

ثم أن الأرض قد تحوي في داخلها معادن، وأحجاراً وزروعاً كامنة وغيرها فهل ملكية الأراضي تقتضي ملكية هذه الأشياء اعتباراً بهذه القاعدة.

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة بناء على اختلافهم في مسألة: من ملك أرضاً فهل يملك علوها إلى عنان السماء، وعمقها إلى باطن الأرض أم لا؟

على أربعة أقوال:

القول الأول: اعتبار صحة القاعدة في جانب ملكية العمق و الباطن و كذلك في جانب ملكية العلو فكما أنه يملك عمق الأرض فكذلك يملك علوها. وهذا قول الجمهور من الحنفية[1]، والمالكية

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١/ ٦٥٦)، وشرح المجلة لرستم باز: ص (٦٥٦-٦٥٤)، وفتح القدير: (٥/ ٢٤).

=

في قول[١]، والشافعية في المشهور[٢]، والحنابلة في المذهب[٣].

قال ابن الشاط : «والذي يقتضيه النظر الصحيح أن حكم ما تحت الأبنية كحكم الأهوية، ومما يدل على ذلك أن من أراد أن يحفر تحت ملك غيره يتوصل إليها من ملك نفسه يمنع من ذلك بلا ريب ولا خلاف فلو كان من تحت الأبنية ليس له حكم الأبنية بل هو باق على حكم قبوله للإحياء لما منع من ذلك. والله أعلم»[٤].

القول الثاني: اعتبار القاعدة في ملكية عمق الأرض وعلوها مع قيد بما تدعو الحاجة إليه وهو قول للشافعية[٥]،

قال الزركشي: « وكذلك ينبغي أن لا يملك من قراره إلا ما تدعو الحاجة إليه دون ما سفل من سبع أرا ضين اذ لا حاجة إليه، لكن يشكل على هذا قوله ﷺ : «**من غصب شبراً من الأرض طوقه من سبع أرضين**»[٦]، وهذا يدل على ثبوت الملك إلى تخوم الأرض السابعة مع أنه لا حاجة إليه ويجوز أن يعاقب على غصب الشبر بالتطويق المذكور»[٧].

القول الثالث: اعتبار القاعدة في جانب العلو و عدم اعتبارها في جانب ملكية العمق هذا مذهب المالكية[٨].

قال القرافي: « وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفل فظاهر المذهب أنه

---

(١) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٤٤)، وإيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك: ص (٣٩٠)، والذخيرة: (٥/ ٢٤٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/ ١٤)، وحاشية ابن الشاط على الفروق: (٤/ ٤٤).

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٠٦).

(٣) انظر: كشاف القناع: (٢/ ١٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، والإنصاف والشرح الكبير معاً: (١٦/ ٩٧).

(٤) حاشية ابن الشاط على الفروق (٤/ ٤٦).

(٥) المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٥).

(٦) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٧٨،٨٩)، ومسلم في صحيحه: (١١/ ٤٩) مع شرح النووي في باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، من كتاب البيوع.

(٧) المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٦-٢٢٥).

(٨) انظر: الذخيرة: (٥/ ٤٢٧)، والفروق: (٤/ ٤٦-٤٤)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٤٥)، وهذا التفريق ذهب إليه القرافي من المالكية.

=

مخالف لحكم الأبنية... وقال: إن المسجد إذا حفر تحته مطمورة يجوز أن يعبرها الجنب، والحائض، ولو أجزنا الصلاة في الكعبة وعلى ظهرها لم نجزها في مطمورة تحتها، فهذا تصريح بمخالفة الأهوية لما تحت الأبنية.. » ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء على ما علمت إلى أن قال: " وسر الفرق بين القاعدتين أن الناس شأنهم تتوفر دواعيهم على العلو في الأبنية للاستشراف، والنظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار ومواضع الفرح والتنزه، والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم، وغير ذلك من المقاصد. ولا تتوفر دواعيهم في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات خاصة، ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه. »

والشرع له قاعدة، وهو **أنه إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه لا يشرع فيه الملك**، فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض بخلاف الهواء إلى عنان السماء فهذا هو الفرق[1].

القول الرابع: عدم اعتبار جانبي القاعدة بناء على أن العلو و العمق من الحقوق وهذا قول بعض الفقهاء[2].

ذكروا في فروع الشفعة أنه إذا اجتاح سيل وجه الأرض التي هي سبب الشفعة قبل الحكم بها، فيسقط حق الشفعة لزوال الملك. أما ما بقي من أعماق الأرض؛ فهو حق لا ملك له فيه، لأن أعماق الأرض لا تملك، والحقوق لا يشفع بها[3].

بعد هذا البيان القول **الذي يظهر لي** هو القول الأول وهو اعتبار صحة القاعدة و القول بملكية صاحب الأرض باطنها وسفلها وكذلك علوها وذلك لما يأتي:

١-لقوله ﷺ: «**من ظلم قدر شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين**»[4].

الحديث يشعر بملك ما تحت الشبر من الأرضين، من جهة القاعدة المقررة: **أن العقوبة تكون**

---

(١) الفروق للقرافي: (٤/ ٤٦-٤٥)، و كذلك انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق: (٤/ ٤٧-٤٦).

(٢) منهم الظاهرية والزيدية. انظر: المحلى (٤/ ٣٥٥-٣٥٤)، والتاج المذهب (٣/ ٣٤).

(٣) انظر: التاج المذهب (٣/ ٣٤).

(٤) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه (٥/ ٧٨) ومسلم في صحيحه (١١/ ٥٩) مع شرح النووي في باب تحريم الظلم وغصب الأرض من كتاب البيوع.

=

بقدر الجناية[١].

٢-ولأن العمق و العلو يتعلق حكمهما بظاهر الأرض، فلو لم يثبت الملك فيهما، لم يتعلق به حق أحد، ولم يخلص ملك صاحب الأرض في أرضه، وليس له أن يتصرف فيهما تصرفاً كيف يشاء، ويجوز لأحد من الناس أن يتصرف فيما يتعلق بملك غيره من علو الأرض و سفلها، وهذا لا ينبغي؛ لأنه تعلق بهما حق صاحب الأرض لأجل ملكية الأرض، فثبوت الملك له فيهما أولى ليكون الملك خالصاً له في أرضه. والله أعلم بالصواب.

فبناء على ما سبق يتبين لنا أن جمهور الفقهاء يقولون باعتبار هذه القاعدة، وإن اختلفوا في بعض فروعها، وخالف في اعتبارها بعض فقهاء المالكية[٢]، والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

هذه القاعدة لها جانبان وتنتدرج تحت كل جانب منها فروع فقهية كثيرة، أذكر هنا شيئاً منها على الترتيب المذيل:

الجانب الأول: ملكية باطن الأرض وما في داخلها: و فيه مسائل منها:

١- من ملك أرضاً فهل يملك باطن الأرض و عمقها إلى منتهى الأرض أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن العمق ملك لصاحب الأرض، فله أن يحفر فيها ما يشاء، وليس لأحد أن يحفر فيها وإن لم يضر به؛ لأنه تصرف في ملك غيره بدون إذنه. وهذا قول الجمهور من الحنفية[٣]، والمالكية في قول[٤]، والشافعية في المشهور[٥]، والحنابلة في المذهب[٦].

---

(١) انظر: حاشية ابن الشاط (٤/ ٤٧).

(٢) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩٠)، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: ص (٣٥٢). وحاشية ابن الشاط على الفروق (٤/ ٤٦).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (١/ ٦٥٦)، وشرح المجلة لرستم باز: ص (٦٥٦-٦٥٤)، وفتح القدير: (٥/ ٢٤).

(٤) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٤٤)، وإيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك: ص (٣٩٠)، والذخيرة: (٥/ ٢٤٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/ ١٤)، وحاشية ابن الشاط على الفروق: (٤/ ٤٤).

(٥) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٠٦).

(٦) انظر: كشاف القناع: (٢/ ١٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، والإنصاف والشرح الكبير معاً: (١٦/ ٩٧).

=

القول الثاني: أنه لا يملك من الأرض من عمقها و باطنها.

وهذا مذهب المالكية[١].وقول بعض الفقهاء[٢].

قال القرافي: وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفل فظاهر المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية... وقال: إن المسجد إذا حفر تحته مطمورة يجوز أن يعبرها الجنب، والحائض، ولو أجزنا الصلاة في الكعبة وعلى ظهرها لم نجزها في مطمورة تحتها، فهذا تصريح بمخالفة الأهوية لما تحت الأبنية.. ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء على ما علمت إلى أن قال: وسر الفرق بين القاعدتين أن الناس شأنهم يوفر دواعيهم على العلو في الأبنية للاشتشراف، والنظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار ومواضع الفرح والتنزه، والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم، وغير ذلك من المقاصد. ولا تتوفر دواعهيم في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات خاصة، ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه.

والشرع له قاعدة، وهو **أنه إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه لا يشرع فيه الملك**، فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض بخلاف الهواء إلى عنان السماء فهذا هو الفرق[٣].

ذكروا في فروع الشفعة أنه إذا اجتاح سيل وجه الأرض التي هي سبب الشفعة قبل الحكم بها، فيسقط حق الشفعة لزوال الملك. أما ما بقي من أعماق الأرض؛ فهو حق لا ملك له فيه، لأن أعماق الأرض لا تملك، والحقوق لا يشفع بها[٤].

بعد هذا البيان القول **الذي يظهر لي** هو القول الأول وهو بملكية صاحب الأرض عمقهاوسفلها وذلك للأصل الذي بين أيدينا

(١) انظر: الذخيرة: (٥/ ٤٢٧)، والفروق: (٤/ ٤٦-٤٤)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٤٥)، وهذا التفريق ذهب إليه القرافي من المالكية.

(٢) منهم الظاهرية والزيدية. انظر: المحلى (٤/ ٣٥٥-٣٥٤)، والتاج المذهب (٣/ ٣٤).

(٣) الفروق للقرافي: (٤/ ٤٦-٤٥)، قد ردّ على هذا ابن الشاط في تعليقه ولم يسلم له القاعدة المذكورة، وذكر فما ذكر من سر الفرق لم يظهرو الصحيح أنه لا فرق بين الأمرين، ويدل عليه الحديث الذي ذكره، فإنه لا شك أن في الحديث إشعاراً يملك ما تحت الشبر من الأرضين. انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق: (٤/ ٤٧-٤٦).

(٤) انظر: التاج المذهب (٣/ ٣٤).

٢- من ملك أرضاً فهل يملك معادنها الظاهرة والباطنة أم لا؟

الفقهاء -رحمهم الله- بصدد بيان أحكام المعادن يميزون بين أنواع من المعادن، فهم يقسمون المعادن إلى معادن ظاهرة، ومعادن باطنة، كما أنهم يقسمونها إلى معادن جامدة، ومعادن جارية أو مانعة، ويأتي تفصيل المسألة على الترتيب التالي:

أولاً: تعريف المعادن وأقسامها:

أ- **تعريف المعادن**: هي المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض، كالذهب والفضة والنحاس وغير ذلك، ثم اشتهر في الأجزاء المستقرة نفسها التي ركبها الله تعالى في الأرض، حتى صار الانتقال من اللفظ إليها ابتداء بلا قرينة[١].

والفقهاء يطلقون لفظ المعادن ويريدون به أحد معنيين:

الأول: البقاع أو الأماكن التي أودعها الله تعالى فيهاجواهر الأرض من ذهب وفضة وغيرها[٢].

الثاني: ما يخرج من جواهر الأرض بعمل[٣]، وتصفية كالذهب والفضة والحديد، ذكر في نهاية المحتاج[٤]: «المعدن هو حقيقة البقعة التي أودعها الله تعالى جواهر الأرض ظاهراً أو باطناً، سميت بذلك العدون أي إقامة ما أثبته الله فيها والمراد ما فيها».

وقيل: المعدن ما استخرج من الأرض مما كانت أصله ثم اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها كالملح، والجص وحجارة الرحا والجواهر[٥].

ب- **أقسام المعادن**: الفقهاء يقسمون المعادن إلى قسمين:

الأول: **المعادن الظاهرة**: هي المعادن التي لا يحتاج تحصيلها إلى طلب، فهي تتميز عن الأرض،

---

(١) انظر: القاموس المحيط: (٤/ ٢٤٧-٢٤٦)، والمصباح المنير: ص (١٥١)، والنهاية في غريب الحديث: (٣/ ١٩٢)، وفتح القدير لابن الهمام: (٢/ ٢٣٩)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٣١٨).

(٢) انظر: فتح القدير: (٢/ ٢٣٩)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٣١٨)، مغني المحتاج: (١/ ٣٩٤)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص (١٦٩)، والأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٩٧)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص (٢٣٥).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٣١٨)، ومغني المحتاج: (١/ ٣٩٤)، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص (١١٩).

(٤) نهاية المحتاج: (٥/ ٣٤٩).

(٥) انظر: الروضة البهية: (١/ ١٣٤).

=

ويوصل إليها من غير مؤنة[١].

قال الماوردي: والظاهرة ما كان جوهرها المستودع فيها بارزاً كمعادن الكحل والملح والقار والنفط[٢].

و جاء في نهاية المحتاج: الظاهر هو ما يخرج جوهره بلا علاج في بروزه، وإنما العلاج في تحصيله[٣].

قال ابن قدامة: وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل إلى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح، والماء، والكبريت، والقير[٤]، والمومياء[٥]، والنفط والكحل والبرام[٦]، والياقوت، ومقاطع الطين وأشباه ذلك[٧].

الثاني: المعادن الباطنة: و هي التي يحتاج تحصيلها إلى طلب، فلا تتميز عن الأرض، ويوصل إليها بالعمل و المؤنة [٨] مثل: ذهب و فضة وحديد و رصاص ونحاس وفيروج و ياقوت وعقيق وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض [٩].

ثانياً: اختلافهم في ملكية المعادن لمن ملك أرضها.

اختلف الفقهاء في ملكية المعادن لاختلاف نوعيتها، والأرض الموجودة فيها ووجهة كل فريق منهم على ما يأتي:

---

(١) انظر: الدر المختار: (٦/ ٤٣٤-٤٣٣)، والمجموع شرح المهذب: (١١/ ٢٠٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٤).

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٩٧).

(٣) نهاية المحتاج: (٥/ ٣٥١-٣٤٩)، وكذلك انظر: تفصيل الكلام على المعادن الظاهرة، الروضة البهية: (٢/ ٢٦١)، والملكية في الشريعة: (١/ ٤٢١)، واقتصادنا: ص (٤٤٠-٤٣٩).

(٤) القير: الزفت، قال الخليل: القير والقار شيء أسود يطلى به السفن. المطلع: ص (١٦٩).

(٥) المومياء: مادة تجمد، فتصير قاراً، تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء تلطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير، الجامع لمفردات الأدلة: (٤/ ٦٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٧٢).

(٦) برام: بكسر الموحدة جمع برمة بضمها، حجر يعمل منه القدر، شرح مغني المحتاج: (٢/ ٣٧٢).

(٧) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٥-١٥٤).

(٨) انظر: الدر المختار: (٦/ ٤٣٤-٤٣٣) و المجموع شرح المهذب: (١١/ ٢٠٤) و نهاية المحتاج (٥/ ٣٥١-٣٤٩) و الأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٩٧).

(٩) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٧٢).

أ-اختلافهم في ملكية المعادن الموجودة في الأرض المباحة بين المعادن الظاهرة والمعادن الباطنة على النحو التالي:

١-ملكية المعادن الظاهرة الموجودة في الأراضي المباحة:

أن المعادن الظاهرة والبارزة الحاصلة بدون تعب ولا مشقة لا يجوز تملكها بإحياء أو اقطاع وإنما هي عامة، وهذا القول اتفق عليه فقهاء الأمصار من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥].

وعلى هذا لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ذكر الكاساني من الحنفية عند كلامه عن أرض الموات: «وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد»[٦].

وجاء عن الشافعي -رحمه الله- أن «أصل المعادن صنفان ما كان ظاهراً كالملح الذي يكون في الجبال ينتابه الناس، فهذا لا يصلح لأحد أن يقطعه أبداً بحال والناس فيه شرع، وهكذا النهر والماء الظاهر فالمسلمون في هذا كلهم شركاء، ... ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت، أو موميا أو حجارة ظاهرة كموميا في غير ملك لأحد فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره ولا لسلطان

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤)، والدر المختار: (٦/ ٤٣٤-٤٣٣)، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: (١/ ٢١٢).

(٢) انظر: المقدمات والممهدات: (١/ ٢٢٥)، والذخيرة: (٢/ ٧٠)، وحاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧-٤٨٦)، وبلغة السالك: (١/ ٢٢٩-٢٣٠)، والأصل لدى المالكية في المعادن عامة دون تمييز بين المعادن الظاهرة والمعادن الباطنة أن المعادن لا تتبع الأرض التي هي فيها، بل هي لجميع المسلمين يفعل فيها الإمام ما يراه مصلحة لهم وعلى هذا ملكية معادن الأرض المباحة تكون للإمام عندهم، يقطعها لمن يشاء من المسلمين إقطاع انتفاع لا تمليك، انظر: المصادر السابقة، وكذلك القوانين الفقهية لابن جزي: ص (٧٠)، والتكافل الاجتماعي في الإسلام: ص (٢٧)، والملكية ونظرية العقد: ص (١٢٩).

(٣) انظر: الأم: (٤/ ٤٢)، والأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٩٧)، والحاوي الكبير له: (٧/ ٤٩١)، والمهذب للشيرازي: (١/ ٤٣٣)، وروضة الطالبين: (٥/ ٣٠١)، والوجيز للغزالي: (١/ ٢٤٣).

(٤) انظر: المغني: (٨/ ١٥٦)، والمقنع: ص (١٥٦)، والإنصاف: (٦/ ٣٦٢)، وكشاف القناع: (٤/ ١٨٨) والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص (٢٣٦).

(٥) انظر: المحلى: (٨/ ٢٣٣).

(٦) بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤)، وانظر أيضاً الدر المختار: (٦/ ٤٣٤-٤٣٣).

=

أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس»[1].

قال الماوردي: «فهذه المعادن الظاهرة كلها لا يجوز للإمام أن يقطعها ولا لأحد من المسلمين أن يحجر عليها، والناس كلهم فيها شرع، يتساوون فيها، لا فرق بين صغيرهم وكبيرهم، وذكرهم وأنثاهم مسلمهم وكافرهم»[2].

ذكر ابن قدامة في المغني: «قال ابن عقيل[3]: هذا من مواد الله الكريم، وفيض جوده الذي لا غناء عنه، فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه، فيضاف على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة»[4].

قال ابن قدامة: «ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار والنفط والكحل والجص بالإحياء، وليس للإمام إقطاعه»[5].

وقد جاء عن ابن حزم الظاهري ما نصه: «فإن كان إحياؤه لذلك مضراً بأهل القرية ضرراً ظاهراً لم يكن لأحد أن ينفرد به لا بإقطاع الإمام ولا بغيره، كالملح الظاهر، والماء الظاهر»[6].

وقد استدل الفقهاء -رحمهم الله- على هذا الرأي بالأدلة الآتية:

١- حديث أبيض بن حمال المازني[7]: «أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بمأرب[8]،

---

(١) الأم للشافعي: (٤/ ٤٢).

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٩١).

(٣) هو أبو الوفاء علي بن عقيل ابن محمد بن عقيل البغدادي الظفري الحنبلي، ولد سنة ٤٣١هـ، أخذ عن القاضي ابي يعلى و عنه أبو الطاهر السلفي، و له كتاب الفنون. توفي سنة ٥١٣هـ. انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٥٩) و المنهج الأحمد (٢/ ٢٥٢) وما بعدها.

(٤) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦).

(٥) المقنع: ص (١٥٦).

(٦) المحلى لابن حزم: (٨/ ٢٣٣).

(٧) أبيض بن حمال المازني: هو أبيض بن حمال بن مرثد بن ذي الحيان المأربي صحابي جليل وقد وفد على أبي بكر رضي الله عنه لما انتفض عليه عمال اليمن فأقره أبو بكر على صلحه الذي كان مع النبي ﷺ على الصدقة.

انظر: الإصابة: (١/ ١٧٧-١٧٦)، وأسد الغابة: (١/ ٤٦-٤٥).

(٨) مأرب: بهمزة ساكنة، وكسر الراء، والباء الموحدة: هو بلاد الأزد باليمن، وقيل: هو اسم قصر كان لهم، وقيل: هو اسم لملك سبأ، وهي كورة بين حضرموت وصنعاء. انظر: مراصد الاطلاع: (٣/ ١٢١٨).

=

فأقطعه ﷺ، فلما ولى قيل: يا رسول الله أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت الماء العدّ ، فرجعه منه»(١).

وقد وجه هذا الدليل بأن العلة في استرجاعه منه لأن الذي أقطع له لا يحدث فيه شيئاً تكون المنفعة فيه حسن عمله، ولا يطلب فيه شيئاً لا يدركه إلا بالمؤنة عليه، إنما يستدرك فيه شيئاً ظاهراً ظهور الماء والكلأ فإذا تحجر ما خلق الله من هذا، فقد حمى لخاصة نفسه، فليس له ذلك، ولكنه شريك فيه كشركته في الماء والكلأ والذي ليس في ملك أحد(٢)، ولأنه لما تبين للنبي ﷺ أنه ماء عد -وهو الذي له مادة لا تنقطع مثل ماء العيون والآبار- ارتجعه منه؛ لأن سنة رسول الله ﷺ في الكلأ والنار والماء أن الناس جميعاً فيه شركاء فكره أن يجعله لرجل يحوزه دون الناس(٣).

٢-واستدلوا أيضاً بكتاب عمر بن عبد العزيز أن : «من أحيا أرضاً ميتة ببنيان أو حرث ما لم تكن من أموال قوم ابتاعوها أو أحيوا بعضاً وتركوا بعضاً فأجز للقوم إحياءهم، وأما ما كان مكشوفاً فلجميع المسلمين يأخذون منه الماء أو الملح أو يريحون فيه دوابهم، فلأنهم قد ملكوه فليس لأحد أن ينفرد به»(٤).

فدل على أن المعادن الظاهرة لا يصح تملكها بحال، وإنما هي للمسلمين جميعاً ينتفعون بها.

٣-ولأن فيه ضرراً بالمسلمين، وتضييقاً عليهم؛ لأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه كمشاريع الماء وطرقات المسلمين(٥).

٤-ولأنها ليست جزءاً من أجزاء الأرض فأصبحت كالكنز فإنه مودع فيها، وليس من

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٦-١٥٥)، في باب في إقطاع الأرضين من كتاب الإمارة، والترمذي في جامعه: (٦/ ١٥٠-١٤٩)، في باب ما جاء في القطائع من أبواب الأحكام، وابن ماجه في سننه: (٢/ ٨٢٧)، في باب إقطاع الأنهار والعيون من كتاب الرهون، والدارمي في سننه: (٢/ ٢٦٨)، وأبو عبيد في الأموال: ص (٢٧٦-٢٧٥)، وقال عنه ابن حجر في تلخيص الحبير: (٣/ ١٦٤): «ورواه أصحاب السنن الأربعة... و صححه ابن حبان»، وانظر: الإصابة: (١/ ١٧٧-١٧٦) أيضاً.

(٢) انظر: الأم الشافعي: (٤/ ٤٢).

(٣) الأموال لأبي عبيد: ص (٣٥٨).

(٤) ذكره ابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٧-٢٣٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٥).

أجزائها[١].

٥-ولأن ظهور هذا النوع من المعادن مانع من تملكه؛ لأن التملك لا يحصل إلا بسبب العمل والمشقة، وهو غير حاصل هنا فمنع[٢].

٦-ولأنه بالعلم بظهورها لا يقصد إلا أن يتملك ما تعلق به حق الناس، ولهذا فلا يملكها بالإحياء مع علمه بها لفساد قصده، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ولا بستاناً أو نحوها[٣].

٧-ولأن إحياء المعدن إظهاره بالعمل، وهو غير مقصور على المعادن الظاهرة لظهورها، فلا يجوز تملكها[٤].

والمالكية لهم أصل في المعادن عامة سواء كانت ظاهرة أم باطنة وهو أن المعادن لا تتبع الأرض التي هي فيها، بل هي لجميع المسلمين يفعل فيها الإمام ما يراه مصلحة لهم[٥]، إلا أنهم استثنوا من ذلك الأرض التي صولح عليها أهلها، وبقيت الأرض مملوكة لهم، فيكونون أحق بها وبمعادنها، فإذا أسلموا رجع أمرها إلى الأمام[٦].

وقد ذكر ابن رشد في أثناء حديثه عن ملكية المعادن مطلقاً ما نصه: «فإن كانت في أرض حرة أو في أرض العنوة أو في الفيافي التي هي غير ممتلكة كان أمرها إلى الإمام يقطعها لمن يعمل فيها أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له»[٧].

ذكر في حاشية الدسوقي: «إن للإمام أن يقطعها لمن يعمل فيها بنفسه مدة من الزمان أو مدة حياته سواء أكان ذلك نظير شيء أم لم يكن، وأنه إذا أقطعها لأحد فإنما يقطعها له انتفاعاً لا تمليكاً، وله أن يقيم من يعمل للمسلمين بأجرة، وإذا جعلها للمسلمين لا زكاة فيها، لأنها ليست مملوكة

(١) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧).

(٢) الأم للشافعي: (٤/ ٤٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٧٣).

(٤) انظر: المهذب: (١/ ٤٢٦-٤٢٥).

(٥) انظر: ما سبق من مصادر المالكية في أول المسألة.

(٦) انظر: الذخيرة: (١/ ٤٨٧).

(٧) المقدمات: (١/ ٢٤٢)، وللمالكية قول آخر يماثل هذا القول وهو أن المعادن ملك للدولة دون نظر إلى نوعية الأرض أو المعدن ذكره ابن رشد في المقدمات.

=

لمعيّن حتىٰ تزكىٰ، وإن أقطعها لشخص معين، وجبت عليه الزكاة إذا كانت ذهباً أو فضة»[١].

وقد جاء في شرح منح الجليل ما مفاده: «إن هذا الحكم دعت إليه المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فإن تركت لهم أفسدوا؛ لأنها مدعاة إلىٰ التقاتل والتحاسد، فجعلت لجماعة المسلمين درءاً لكل هذه المفاسد وما ماثلها، علىٰ أنه يكفي في تأييد هذا الحكم أنها وجدت في أرض المسلمين، وفي ولايتهم وتحت حمايتهم، وإنما يكون للأفراد منها ما يعطون، وليس يتناول العطاء ما يوجد في باطنها من معادن»[٢].

وقد استدل المالكية علىٰ مذهبهم هذا بجملة من الأدلة منها:

١-أن المعادن التي في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها، فلم يملكوها بملك الأرض، فهي فيء لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، فوجب أن تكون للمسلمين جميعاً، يفعل الإمام فيها ما يراه محققاً للمصلحة، لقوله تعالىٰ: ﴿ڨ ڤ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ﴾[٣][٤].

٢-وقد جاء عن النبي ﷺ أنه أقطع لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القبلية جلسيها وغوريها[٥].

فقد أقطع الرسول ﷺ المعادن بما رآه نافعاً للمسلمين وهذا التصرف يدل علىٰ أن ملكية المعادن تكون للإمام.

٣-ولأن المعادن يحتاجها الناس، ولا يستغنون عنها، وقد يجدها شرار الناس فلو لم يكن حكمها للإمام لأدىٰ ذلك إلىٰ الفتن والهرج، فالمصلحة العامة تقتضي ذلك[٦].

٤-ولأن أرض العنوة تكون وقفاً علىٰ المسلمين بمجرد فتحها، لا تملك رقبتها، وإنما منفعتها والتي منها المعادن يعمل فيها الإمام ما يراه مصلحة للمسلمين؛ لأن الأرض أصبحت مملوكة بالفتح

---

(١) حاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧).

(٢) انظر: شرح منح الجليل: (٢/ ٧٨).

(٣) الآية: (٦) من سورة الحشر.

(٤) انظر: المقدمات والممهدات: (١/ ٢٢٥)، وحاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧).

(٥) سبق تخريجه في: ص(١١١).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧).

=

الإسلامي للدولة[١].

٢-ملكية المعادن الباطنة الموجودة في الأرض المباحة:

واختلف الفقهاء في ملكية المعادن الباطنة التي تحصل بالعمل والمشقة والموجودة في الأرض المباحة على قولين:

القول الأول: إنه يجوز تملكها، وعلى هذا تملك المعادن الباطنة بإحياء أرضها أو بملكها، وهو مذهب الحنفية[٢]، وقول للشافعية[٣]، والمحتمل عند الحنابلة[٤].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١-استدلوا بحديث: «**من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له**»[٥].

وجه الدلالة من الحديث أنه ﷺ علّق الملكية في الحديث بالسبق إلى الثروات المباحة، وهنا في المعدن كذلك.

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن التملك هنا منضبط بعدم الإضرار بالغير، وفي تزاحم السبق على المعادن ضرر، ومشقة على الجميع، فالأولى جعل الإمام العادل قائماً عليها نيابة عن المسلمين.

٢-ولأن المعدن لمن وجَدَه، فكان له؛ لأنه سابق إليه بالاحتواء والحيازة[٦]، واعترض عليه بأنه غير مسلم؛ لأنه إطلاق عام وهو ليس كذلك.

٣-ولأنها موات لا يوصل إلى ما فيها إلا بالعمل والإنفاق، فيملكها كما يملك موات الأرض بالإحياء[٧].

٤-ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض إذا جاءها

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٢)، وتعليل المختار: (١/ ١٧١)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٧).

(٣) انظر: الأم: (٣/ ٢٦٧-٢٦٦)، والمهذب: (١/ ٤٢٦-٤٢٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦)، والإنصاف للمرداوي: (٦/ ٣٦٣-٣٦٢)، ومنتهى الإرادات: (١/ ٥٤٣).

(٥) سبق تخريجه في: ص (٩٧).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٢).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤)، والمهذب: (١/ ٤٢٥)، والمغني: (٨/ ١٥٦).

=

بماء أو حاطها[١].

٥-ولأن هذه المعادن كانت في أيدي الكفار، وما كان منها في الأرض المباحة فهو غير مملوك لأحد، وقد استولى عليها المحيي بنفسه فكانت ملكاً له.

ويمكن أن يرد على هذا بوجهين:

الأول: يوجد هناك فرق بين الإحياء والمعدن في العمل بينهما فلا يستويان.

الثاني: أن القول بأنها كانت في أيدي الكفار لا يسلم به لإمكان العكس وهو أن ما حواه المسلمون بالفتح يكون في أيدي الأئمة العدول.

٦-قال الماوردي: «ولأن المعادن الباطنة تخالف الظاهرة من وجهين توافق بينهما الموات:

أحدهما: ما يلزم من كثرة المؤونة في الباطنة، حتى ربما ساوت مؤنة إحياء الموات وزادت، ولا يلزم ذلك في الظاهرة.

والثاني: أن ما في الباطنة مظنون متوهم، فشابه ما يظن من منافع الموات بعد الإحياء، وما في الظاهرة م شاهد متيقن، ف صارت الباطنة من هذين الوجهين مفارقة للظاهرة في المنع، من إقطاعها ولاحقة بالموات في جواز إقطاعها...»[٢].

القول الثاني: أن المعادن الباطنة الموجودة في الأرض المباحة لا يجوز تملكها، وهي لا تملك وإن حفرها إنسان وأظهرها . وهذا الصحيح والظاهر من مذهب الشافعي[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤].

وقد ذكر النووي: «إذا ثبت هذا، فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل؟ قولان؛ لتردده بين الموات والمعدن الظاهر، أظهرهما: لا . رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم»[٥].

وجاء في الإنصاف: «والصحيح من المذهب أنها كالمعادن الظاهرة فلا تملك»[٦].

وقد استدل أصحاب هذا القول بعدم ملكية المعادن الباطنة الموجودة في الأرض المباحة بما يلي:

---

(١) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦).

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٩٨).

(٣) انظر: المهذب: (١/ ٤٣٢)، وروضة الطالبين: (٥/ ٣٠٢).

(٤) انظر: المغني: (٨/ ١٥٦)، والإنصاف: (٦/ ٣٦٢).

(٥) روضة الطالبين: (٥/ ٣٠٢)، ذكر الشيرازي في المهذب: (١/ ٤٣٢)، أن هذا القول هو الصحيح في مذهب الشافعية.

(٦) الإنصاف للمرداوي: (٦/ ٣٦٢).

=

١-لأن النبي ﷺ عندما قال: «**من أحيا أرضــاً ميتة فهي له**»[1]، علق الملك في الموات على الإحياء، وهو العمارة لها، وحصــول المنفعة منها بينما العمل في الوصــول إلى المعدن حفر وتخريب، فلا يكون ذلك سبباً للملك[2].

٢-ولأن المعادن الباطنة مترددة بين الموات والمعادن الظاهرة، فتلحق بالظاهرة؛ لأنها في معناها فلا تملك[3].

٣-ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل، فلا يملك منه إلا ما أخذ ويخالف موات الأرض لأنه إذا أعمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به[4].

بعد هذا العرض والبيان **والذي يظهر لي** من الأقوال الســابقة في ملكية المعادن الموجودة في الأرض المباحة هو قول المالكية، وهو أن المعادن تكون للإمام العادل يفعل فيها ما يراه محققاً لمـ صالح المسلمين باعتباره نائباً عنهم سواء في ذلك ظاهرة وباطنة لما يأتي:

١-لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك،

٢-و لأن التملك الفردي فيها يكون ضرراً وتضييقاً على المسلمين.

٢-لأهمية هذا النوع من الثروات في اقتصاد الأمم.

٣-ولأن العمل الفردي فيها لا يتناســب مع الإنتاج والمحصــول، فكانت الدولة أولى في اســتثمار المعادن . والله أعلم بالصواب وإليه المآب .

ب-اختلافهم في ملكية المعادن الموجودة في الأرض المملوكة:

اختلف الفقهاء في ملكية المعادن الموجودة في الأرض المملوكة على ثلاثة أقوال وهي:

القول الأول: إن معادن الأرض المملوكة تملك بملك الأرض التي فيها، إن كانت في أرض بيت

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١٤٠-٢٣٩) تعليقا في باب من أحيا أرضا مواتا من كتاب الحرث والمزارعة من حديث عمر بن الخطاب.

(٢) انظر: المهذب: (١/ ٤٣٢)، والمغني: (٨/ ١٥٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٣٠٢)، والكافي لابن قدامة: (٢/ ٤٤٤).

(٤) المهذب: (١/ ٤٣٣-٤٣٢).

المال فهي للإمام، وإن كانت في أرض مملوكة لمعين فهي لصاحبها، وهذا القول هو مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والظاهرية[٣]، ورواية ثانية للمالكية[٤]، وقول سحنون منهم[٥]، ورواية للحنابلة[٦].

و هذا القول لا يفرق بين أنواع المعادن، فالمعادن التي تظهر في الأرض مملوكة تملك بملك الأرض سواء أكانت ظاهرة أم باطنة وسواء أكانت جارية أم جامدة.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١-استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام**»[٧]، والمعادن الموجودة في ملك الشخص وأرضه مال لا يحل أخذه من غير طيبة نفس صاحبه.

ويرد على هذا الاستدلال: أن الأموال محرمة الأخذ من صاحبها من غير طيب نفسه فيما لو كانت مملوكة، والمعادن الموجودة في الأرض المملوكة أقدم من ملك الأرض فلا تدخل في حوزته.

٢-واستدلوا أيضاً بما رواه أبو عبيد في الأموال أنه أقطع رسول الله ﷺ بلالاً أرض كذا، من مكان كذا، إلى كذا، وما كان فيها من جبل أو معدن، قال: فباع بنو بلال من عمر بن عبد العزيز فخرج فيها معدنان، فقالوا: إنما بعناك أرض حرث ولم نبعك المعدن، وجاءوا بكتاب القطعية التي قطعها رسول الله ﷺ لأبيهم في جريدة قال: فجعل عمر يمسحها على عينيه، وقال لقيمه: انظر: ما استخرجت منها، ما أنفقت عليها، فقاصهم بالنفقة، ورد عليهم الفضل»[٨].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٨-٦٧)، وتعليل المختار: (١/ ١١٧)، ورد المحتار: (٢/ ٣١٩).

(٢) الأم للشافعي: (٢/ ٤٢)، والمهذب: (١/ ١٦٩)، وحاشية الباجوري: (١/ ١٩٥)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٩٧).

(٣) المحلى: (٦/ ١١١)، (٨/ ٢٣٨).

(٤) المقدمات والممهدات: (١/ ٢٢٥)، والذخيرة: (٥/ ٢٢١-٢٢٠)، والقوانين الفقهية: ص (٧٠).

(٥) المقدمات: (١/ ٢٢٥).

(٦) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، ومنتهى الإرادات: (١/ ١٩٣).

(٧) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١/ ١٩٩)، في باب «التبليغ للعلم الشاهد والغائب» من كتاب العلم، وقد استدل به ابن حزم في المحلى: (٦/ ١١١).

(٨) الأثر ذكره أبو عبيد في الأموال: ص (٤٢٤-٤٢٣)، وكذلك أخرجه ابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٧٤٢)، والبلاذري في فتوح البلدان: ص (٢٧)، والإمام مالك في الموطأ: (١/ ٢٤٤-٢٤٣)، باب إقطاع النبي ﷺ للمعادن لبلال بن الحارث.

=

وهذا يدل على أن معدن أرض الملك لصاحبها، حيث ردّ عمر رضي الله عنه المعدن لبني بلال، بعد أخذ قيمة استخراج ذلك المعدن(١).

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن الدليل يستدل به عليهم، وليس لهم، وهو أن أصل هذا المعدن أمره إلى الإمام، وذلك أن الرسول ﷺ أقطعه بلال بن الحارث المزني ينتفع به هو وبنوه لا يتصرف في رقبته ببيع أو هبة مثلاً، وهذا ظاهر من قول أبناء بلال: «إنما بعناك أرض الحرث ولم نبعك المعدن» فهو استدلال في غير محله.

٣-ولأن ثبوت المعدن بالإثبات في الأرض المملوكة أعطى المالك حق الملكية لهذا المعدن تماماً كالأشجار النابتة في أرضه تكون له؛ لأن من ملك أرضاً ملكها بجميع أجزائها وتوابعها(٢).

القول الثاني: أن معادن الأرض المملوكة تكون للإمام يفعل فيها ما يراه صالحاً للمسلمين، وهو المشهور من مذهب المالكية، والقول المعتمد عندهم ما عدا أرض الصلح فإن معادنها لأهلها(٣).

فقد جاء في المدونة (٤) ما نصه: «وبلغني عن مالك أنه سئل عن معادن البربر التي ظهرت في أرضهم فقال: أرى ذلك للسلطان، يليها ويقطع بها لمن يليها ويأخذ منها الزكاة».

فإن تلك المعادن كانت مملوكة لأهلها في أرض البربر، ومع ذلك إن ملكيتها قد أصبحت للسلطان.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١-واستدلوا بحديث بلال بن الحارث المزني، حيث فهموا أن عموم الحديث مما يدل على أن أمر المعادن متروك للإمام يتصرف فيها لصالح المسلمين، كما فعل الرسول ﷺ هنا.

(١) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والأموال: ص (٤٢٤).

(٢) بدائع الصنائع: (٢/ ٦٨-٦٧)، ورد المحتار: (٢/ ٣١٩)، وشرح العناية على الهداية: (٢/ ١٨٠)، والمقدمات: (١/ ٢٤٣)، والمغني: (٨/ ١٥٧).

(٣) انظر: المقدمات والممهدات: (١/ ٢٤٢)، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص (٧٠)، والشرح الصغير لابن دردير: (١/ ٢١٤)، والشرح الكبير له: (١/ ٤٨٧)، وبلغة السالك: (١/ ٢١٤)، وكذلك انظر الملكية للخفيف: (٢/ ١٤٦)، والاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي: ص (٢٥٠-٢٤٩).

(٤) المدونة الكبرى: (١/ ٢٤٧).

=

٢-ولأهمية المعادن عند البشر، وفي تركها لهم فتنة ومضرة، فكان أمرها للإمام منعاً لذلك[١].

٣-ولأن المعادن الموجودة في الأرض المملوكة أسبق من ملك المالكين لها، فوجب أن تكون فيئاً لجميع المسلمين يتولى أمرها الإمام لقوله تعالى: ﴿ ےۓۓڭڭڭڭۇۇ ﴾[٢]، حيث ترك ما في الأرض من غير ذكر، فدل على أن المعادن لا تدخل في ملك المالك للأرض[٣].

ودليل ملكية أهل الصلح لمعادن أرضهم ما جاء عن المالكية أن الصلح وقع من المصالحين المالكين لها على أرضهم، فتكون معادنها مملوكة لهم دون غيرهم وإن أسلم المصالح رجع حكم المعادن للإمام؛ لأن أحكام الصلح تزول بالإسلام[٤].

القول الثالث: هو التفريق والتمييز بين أنواع المعادن وهو مذهب الحنابلة[٥]،وبه قال بعض الشافعية[٦]، وبعض الفضلاء المعاصرين[٧]، ويأتي تفصيل مذاهبهم على النحو التالي:

أ-مذهب الحنابلة: وهو التفريق بين المعادن الجامدة، والمعادن الجارية فقالوا:

١-إن المعادن الجامدة تملك بملك الأرض فيها[٨]، سواء أكانت ظاهرة أم باطنة . واستدلوا بما يلي:

١-إن هذه المعادن جزء من أجزاء الأرض المملوكة نابتة فيها ثابتة تملك بملكها، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها[٩].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧)، وبلغة السالك: (١/ ٢١٤).

(٢) الآية: (١٢٨) من سورة الأعراف.

(٣) انظر: المقدمات: (١/ ٢٤٣-٢٤٢).

(٤) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٢٤٩)، هذا هو القول الراجح في مذهب المالكية خلافاً لسحنون المالكي فإنه يرى بقاءها له. انظر: تفصيل المسألة: في الشرح الكبير للدردير: (١/ ٤٨٧)، وحاشية الدسوقي عليه، والمقدمات الممهدات: (١/ ٢٤٢-٢٤٣).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، والمبدع لابن مفلح: (٥/ ٢٥٢)، والإنصاف للمرداوي: (١٦/ ٩٧)، ومنتهى الإرادات لابن النجار: (١/ ١٩٣).

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب: (١٥/ ٢١٥-٢١٤)، وإلى هذا التفريق ذهب أبو إسحاق.

(٧) انظر: النظام الاقتصادي للنبهاني: (ص١٧٨-١٨٠)، والسياسة الاقتصادية المثلى: ص (٧٧).

(٨) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والإنصاف: (١٦/ ٩٧)، ومنتهى الإرادات: (١/ ١٩٣).

(٩) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والمبدع لابن مفلح: (٥/ ٢٥٢).

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن جنس المعادن يختلف عن الأرض المملوكة، واختلاف الصفة يمنع من التطابق في الحكم وهو انتفاء الملكية للمعدن في تلك الأرض المملوكة، ثم إن أسبقية المعادن عن ملك الشخص للأرض يمنع من تملكه لذلك المعدن، ويكون أمره للإمام أو نائبه للمصلحة في ذلك.

ولأن المعادن ليست من أجزاء الأرض كما ذكروا فأشبهت المعادن الجارية.

واشترطوا لملكية المعادن الجامدة أن لا تكون ظاهرة قبل إحيائها وتملكها(١).

وأما إذا كانت ظاهرة قبل تملك الأرض فإنها لا تملك بملكها، لأنه بتملكها قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم(٢).

٢-المعادن الجارية كالقار، والنفط والماء إذا ظهرت في الأرض المملوكة فهل يملكها صاحبها أم لا؟ روايتان في مذهب الإمام أحمد رحمه الله.

الأولى: أنها لا تملك وهي مباحة، لكن يكره دخول ملك غيره للانتفاع بها إلا بإذن المالك للأرض، وهو الصحيح من المذهب(٣).

واستدلوا لهذه الرواية بما يأتي:

١-بقول النبي ﷺ: «**الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار**»(٤)، فإن المعادن السائلة كالماء والنفط من الشركات العامة لا يصح تملك أرضها.

٢-ولأن المعادن الجارية ليست من أجزاء الأرض المملوكة، فلا تملك بملكها فأشبهت الكنز(٥).

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والإنصاف: (١٦/ ٩٩)، والمبدع: (٥/ ٢٥٣).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، (٣/ ٧٥١،٧٥٠) في باب في منع الماء من كتاب البيوع،صححه الألباني في إرواء الغليل (٦/ ٧).

(٥) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والمبدع: (٥/ ٢٥٣).

=

الثانية: إن المعادن الجارية في أرض مملوكة تملك، واختارها أبو بكر عبد العزيز[١] منهم[٢].

وذلك لأن هذه المعادن السائلة خارجة من أرض مملوكة فتملك بملك الأرض قياساً على ملكية المعادن الجامدة والزرع الموجود في أرض مملوكة[٣].

ولقائل أن يقول: كونها خارجة من أرض مملوكة لا يعني تملكها بها؛ لأن هذا النوع من المعادن ورد فيها نص شرعي يفيد الإباحة العامة، ولا اجتهاد مع النص.

ثم إن القياس على المعادن الجامدة قياس على أصل مختلف فيه، وأن القياس على الزرع الموجود في الأرض المملوكة فهو قياس مع الفارق؛ لأن المعادن السائلة جاء فيها نص يفيد الإباحة، والزروع لها ملك خاص لنباتها في ملك خاص فافترقا.

ب-بعض الشافعية يفرقون بين الجامدة والجارية، فقالوا بملكية الجامدة سواء أكانت ظاهرة أم باطنة، وعدم ملكية الجارية[٤].

ج-ذهب بعض المعاصرين إلى أن المعادن الدائمة التي لا تنقطع، تكون دائماً ملكية عامة، سواء أكانت ظاهرة أم باطنة، جامدة أم سائلة، وكذلك المناجم الكبيرة التي يستمر انتفاعها إلى أمد طويل، أما المعادن المحدودة المقدار فإنها تكون من الملكية الفردية[٥].

بعد هذا البيان **والذي يظهر لي** هو القول الثاني، وهو أن ملكية المعادن الموجودة في الأرض المملوكة تكون بيد الإمام، ولا تملك المعادن بملك أرضها، جلباً للمصالح ودفعاً للمفاسد الحاصلة بإعطاء حق الملكية للأفراد ولأهمية المعادن عند الناس، وفي تركها لهم فتنة ومضرة فكان أمرها للإمام

---

(١) أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد الفقيه البغدادي- تلميذ أبي بكر الخلال، ولد سنة ٢٨٥هـ، وتفقه بالخلال والخرقي، توفي سنة ٣٦٣هـ. انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٢٧-١١٩)، وطبقات المفسرين للداودي (١/ ٣٠٨-٣٠٦) وشذرات الذهب (٣/ ٤٦-٤٥).

(٢) انظر: الإنصاف: (١٦/ ٩٨).

(٣) انظر: المغني: (٨/ ١٥٧)، والمبدع: (٥/ ٢٥٣).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب: (١٥/ ٢٢٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٧٣).

(٥) انظر: النظام الاقتصادي للنبهاني: (ص١٧٨-١٨٠)، والسياسة الاقتصادية المثلى لعبد الرحمن المالكي: (ص٧٧).

=

منعاً لذلك[١].

ولأن ملكية الأراضي تهدف إلى الانتفاع من إحيائها وتعميرها وزروعها بخلاف ملكية المعادن فإنها كملكية العين النفيسة والأنهار الجارية فالأولى أن تختلفا في الحكم.

وبهذا الصدد ذكر بعض المعاصرين[٢]: ونرى أن الأقوال السابقة كانت على أساس ما كان يجد الناس من كميات قليلة محدودة من هذه المعادن، أما بعد اكتشاف المناجم الكبيرة بالآلات والخبرة الفنية سواء كانت جامدة أم سائلة فينبغي أن نقيسها على حادثة الملك الواردة في الحديث، ونجعلها للمسلمين جميعاً، ونأخذ بقول المالكية في ذلك، لما في ذلك من الحل من انطباق الإسلام في جميع الأموال التي تتصف بعظم المقدار من جهة وبحاجة المسلمين من جهة أخرى كالأنهار الكبيرة".

والله أعلم بالصواب.

٣- من ملك أرضاً فهل يملك ركازها وكنوزها المدفونة فيها؟

يأتي تفصيل المسألة على الترتيب المذيل:

أولاً: التعريف بالركاز والكنوز وأقسامها:

أ- الركاز في اللغة: وهو مأخوذ من الفعل رَكَزَ والمعنى: إثبات شيء في شيء يذهب سفلاً[٣]، يقال: «أركز الرجل إركازاً وجد ركازاً[٤]»، ومنه قولهم: اركز صاحب المعدن إذا أكثر ما يخرج منه له من فضة وغيرها، والركاز: الاسم وهي القطع العظام مثل الجلاميد من الذهب والفضة تخرج من

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧)، وبلغة السالك للصاوي: (١/ ٢١٤)، والنظرية الاقتصادية من منظور إسلامي للدكتور شوقي دينا: ص (١٩٦)،

وهذا القول رجحه كثير ممن كتب في الاقتصاد الإسلامي من المعاصرين، انظر: نظام الإسلام الاقتصاد: ص(١٠٤)، والاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي: ص (٢٥٠)، والملكية لأبي زهرة: ص (١٢٧).

(٢) صاحب نظام الإسلام في الاقتصاد: ص (١٠٤).

(٣) معجم مقاييس اللغة: (٢/ ٤٣٣).

(٤) المصباح المنير للفيومي: (١/ ٢٣٧)، ومختار الصحاح: ص (٢٥٤).

المعادن[1]، والركاز هو المال المدفون في الجاهلية، وهو من قياسه؛ لأن صاحبه ركزه[2].

ب-الركاز في اصطلاح الفقهاء:

الركاز يطلق على المال المدفون في الجاهلية وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والظاهرية[6].

قال الإمام مالك -رحمه الله-: «الركاز ما أصيب في أرض مثل الحجاز، واليمن، وفيافي البلدان من دفن الجاهلية»[7].

وقال الإمام الشافعي -رحمه الله-: «الذي لا شك فيه أن الركاز دفن الجاهلية»[8].

وقال الخرقي[9]: من فقهاء الحنابلة: «الركاز وهو دفن الجاهلية»[10].

وكذلك قال ابن حزم الظاهري: «وأما الركاز فهو دفن الجاهلية فقط»[11].

---

(١) انظر: لسان العرب: (٥/ ٢٥٦)، والقاموس المحيط: (٢/ ١٨٣)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص (١٦٩).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة: (٢/ ٤٣٤-٤٣٣)، والمصباح المنير: (١/ ٢٣٧)

(٣) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٢٤٩)، ومتن الرسالة للقيرواني: ص (٧٩).

(٤) انظر: الأم: (٤/ ٥٠)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩١).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣١)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص (١٢٧).

(٦) انظر: المحلى: (٦/ ١٠٩).

(٧) المدونة الكبرى: (١/ ٢٤٩)، وانظر: تعريفهم للركاز في القوانين الفقهية لابن جزي: ص (٦٩)، وحاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٩-٤٩٠).

(٨) انظر: الأم: (٢/ ٤٢)، وانظر تعريفهم للركاز: شرح المهذب للنووي: (٦/ ٩١)، ومغني المحتاج للشربيني: (١/ ٣٩٦).

(٩) الخرقي: هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، قرأ العلم على من قرأه على أبي بكر المروزي، وحرب الكرماني وصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد ابن حنبل. وله مصنفات كثيرة في المذهب ولم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه لأنه خرج من مدينة السلام، فأودع كتبه في درب سليمان، فاحترقت الدار التي كانت فيه الكتب. توفي سنة ٣٣٤هـ ودفن بدمشق.

انظر: طبقات الحنابلة: (٢/ ١١٨-٧٥).

(١٠) مختصر الخرقي: (٤/ ٢٣١)، مع شرحه لابن قدامة. وانظر: تعريفهم للركاز أيضاً في الطرق الحكمية: ص (٢٦)، والمقنع: ص (٥٦).

(١١) انظر: المحلى لابن حزم: (٦/ ١٠٩)، والبئر جبار من كتاب الحدود، برقم: (٤٤٤٠).

=

وممـا سـبق يظهر أن جمهور الفقهاء يرون أن الركاز هو ما دفنه أهل الجاهلية وعلىٰ هذا إنهم يفرقون بين المعدن والركاز.

واسـتدلوا علىٰ مذهبهم هذا بقوله ﷺ: «**العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس**»[١].

حيث فرق الرسول ﷺ بين المعدن والركاز بحرف العطف فدلّ ذلك علىٰ المغايرة بينهما[٢].

ذهب فقهاء الحنفية إلىٰ عدم التفريق بين المعدن والركاز، فيطلقون الركاز علىٰ ما يشـمل المعدن والكنز[٣].

قال السرخسي من الحنفية: «اسم الركاز يتناول الكنز والمعدن جميعاً»[٤].

قال الكفوي: «والركاز: هو اسم لما تحت الأرض خلقة أو بدفن العباد، غير أنه حقيقة في المعدن، ومجاز في الكنز عند التقييد»[٥].

وعللوا لقولهم بأن الركاز يشـمل المعدن والكنز بما ورد عن العرب من قولهم: أركز الرجل إذا أصاب ركازاً، فإن الركاز مجموعة القطع الذهبية والفضية التي تخرج من المعدن[٦].

وبقولهم: الركاز عبارة عن الإثبات، يقال: ركز ربحه في الأرض إذا أتيته والمال في المعدن يثبت كما هو في الكنز[٧].

الذي يظهر لي هو القول بالتفريق بين المعدن والركاز، وأن الركاز هو دفن الجاهلية وذلك لدلالة الحديث النبوي علىٰ ذلك، حيث أن أحاديث الركاز فرقت بين الركاز المدفون في الأرض،

---

(١) الحديث سبق تخريجه في ص (٣٧) .

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر: (٣/ ٣٦٥-٣٦٤)، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: (٢/ ٢٥٨)، ونيل الأوطار للشوكاني: (٢/ ١٤٧).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١١)، والاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١١٧)، وبدائع الصنائع للكاساني: (٢/ ٦٥)، وشرح الكفاية علىٰ الهداية: (٢/ ١٨٠).

(٤) المبسوط: (٢/ ٢١١).

(٥) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص (٤٨٠).

(٦) انظر: شرح العناية علىٰ الهداية: (٢/ ١٧٩)، وفتح الباري: (٣/ ٣٦٤).

(٧) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١١)، والبحر الرائق: (٢/ ٢٣٤).

=

وبين المعدن المخلوق في الأرض. والله أعلم بالصواب.

جـــ-الكنز في اللغة: الكنز من اكتنز الشيء: اجتمع وامتلأ، أو من وقد كنزتُ التمر وهذا زمن الكناز(١)، والكنز المال المدفون تسمية بالمصدر والجمع كنوز مثل فلس وفلوس(٢)، ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ي ي ذ ذ ذ ذ ڈ ڈ ژ ژ ژ ژ ﴾(٣) .

ومنه الحديث: «**أعطيت الكنزين الأحمر والأبيض**»(٤).

د-الكنز في الاصطلاح: هو اسم لمدفون العباد(٥)، وقيل: الركاز كل ما يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر هو فيها بأصل خلقها، وتكوينها كالذهب الغفل(٦) والفضة، والأحجار الكريمة، والفحم الحجري ونحوه، ويسمى معدناً أو بوضع الإنسان ويسمى كنزاً(٧).

وعلى هذا لا فرق بين الركاز والكنوز عند جمهور الفقهاء كما سبق بيان ذلك.

هـــ-بعد اتضاح مدلول كل من الركاز والكنوز ظهر لنا جلياً أن الركاز والكنوز بمعنى واحد لدى فقهاء الشريعة، وأن الركاز لها علاقة بالمعادن ويمكن تحديد هذه العلاقة بينهما فيما يأتي:

أولاً: العلاقة اللغوية بينهما: إذ المعدن مأخوذ من العدون وهي الإقامة والإثبات، والركاز من الركز والغرز في المكان، والأرض تجمعهما لحصول النشوب والركز والخفاء في كل منهما(٨).

ثانياً: العلاقة الشرعية بينهما: وتأتي في أمور وهي:

١-علاقة مالية شرعية، تلزم المتصرف فيهما الغرم بالتعدي والإتلاف وإمكان الغنم والنماء في كل منهما، وذلك لقبول المعدن والركاز المعاملات الشرعية من بيع، وهبة ووصية وإحياء.

---

(١) انظر: الصحاح: (٣/ ٨٩٣)، والمصباح المنير: ص (٢٠٧).

(٢) انظر: لسان العرب: (٥/ ٤٠٢-٤٠١)، والمصباح المنير: (٢/ ٥٤٢)، ومختار الصحاح: ص(٥٨٠).

(٣) الآية: (٣٤) من سورة التوبة .

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١٨/ ١٣)، باب أشراط الساعة من كتاب الفتن، بترقيم خليل مأمون شيحا.

(٥) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص (٤٨٠).

(٦) الغفل : المتروك . انظر مختار الصحاح: ص (٤٧٧) .

(٧) انظر: الملكية لأبي زهرة: ص (١٢١).

(٨) انظر: النهاية لابن الأثير: (٢/ ٢٥٨)، والسيل الجرار: (٢/ ٩٢)، ومغني المحتاج: (١/ ٣٩٤)، والخراج لقدامة بن جعفر: ص (٢٣٨).

=

٢-اتفاق المعدن والركاز في الخمس الواجب فيهما شرعاً يجعل التقارب والتشابه بينهما ممكناً[١].

٣-إمكان الثمرة الشرعية فيهما، وهي قبول المعادن والركاز للملكية، والأحكام الشرعية المتعلقة بنوعية أرض المعادن.

و-أنواع الركاز:

أ-الفقهاء -رحمهم الله- قسموا الركاز إلى ثلاثة أقسام وهي:

الأول: الركاز الإسلامي: عرف الركاز الإسلامي بأنه ما وجدت عليه علامة الإسلام أو اسم النبي ﷺ أو أحد من خلفاء المسلمين أو وال لهم أو آية من قرآن ونحو ذلك[٢]، مما تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها[٣].

وما كان عليه علامة المسلمين والكفار فهو ركاز إسلامي أيضاً، لأن ظاهره يشهد بحيازة المسلم له فيستتبع ذلك له بقية المسلمين[٤].

الثاني: الركاز مجهول الحال:

أما الركاز المجهول حاله فهو الذي لا علامة عليه،

وقد اختلف الفقهاء في اعتباره وإلحاقه على قولين:

القول الأول: إنه ركاز جاهلي؛ أخذاً بالأصل؛ لأن الكنوز غالباً تكون من الكفار، وهو ظاهر مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، وبعض أصحاب الشافعي[٧].

القول الثاني: إنه ركاز إ سلامي؛ أخذاً باحتمال الأمرين، ثم غلب حكم الإ سلام لتقادم أهله، وطول

---

(١) انظر: المدونة: (١/ ٢٤٦)، والأم: (٢/ ٤٣-٤٢)، والمبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤-٢١٢)، والهداية للمرغيناني: (١/ ١٠٨)، والمقدمات الممهدات: (١/ ٢٤٣)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٥)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٢).

(٣) الملكية للشيخ علي الخفيف: (٢/ ١٤٨).

(٤) انظر: الأم للشافعي: (٢/ ٤٤)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٢) .

(٥) انظر: البحر الرائق: (٢/ ٢٣٥)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٥).

(٦) انظر: الشرح الكبير للدردير: (١/ ٤٩٠-٤٨٩) مع حاشية الدسوقي وبلغة السالك: (١/ ٢١٥) .

(٧) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ١٧٠).

=

مدته. وهو ما ذهب إليه الشــافعية[١]، والحنابلة[٢] . والقول الثاني أولى بالقبول لتغليب جانب الإسلام على غيره . والله أعلم بالصواب .

الثالث: الركاز الجاهلي: عرف الركاز الجاهلي بأنه ما عرف أن أهل الجاهلية كانوا يتخذونه من ضرب الأعاجم وحليتهم، وحلية غيرهم من أهل الشرك[٣].

والذي يميزه عن غيره بأن ترى علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصلبهم وصور أصنامهم ونحو ذلك[٤]، ومما فيه دلالة سبق دفنه قبل ظهور الإسلام وأهله[٥].

وهذه الآثار الإسـلامية منها، والجاهلية على اختلاف أنواعها من مسـكوكات [٦]وحلي وجواهر معدنية مكنوزة في البر أو البحر وكل الأدوات والآلات المستعملة في زمانهم وسائر الثروات المعدنية القابلة للارتكاز والدفن يطلق عليها اسم الركاز[٧] . والله أعلم.

ثانياً: ملكية الركاز عند الفقهاء:

فرق الفقهاء بين أنواع الركاز والأرض الموجودة فيها، ومن ثم جرى تحديد ملكية الركاز:

أ-ملكية الركاز الموجود في الأرض المباحة:

١-ملكية الركاز الجاهلي:

إذا كان الركاز جاهلياً ووجد في أرض الإســلام المباحة فلواجده أربعة أخماســه بعد إخراج الخمس، وعليه عامة الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة والظاهرية من غير خلاف[٨].

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ١٧٠).

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة:(١/ ٣١٤).

(٣) انظر: الأم للشافعي: (٢/ ٤٤)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٢).

(٥) انظر: الملكية لعلي الخفيف: (٢/ ١٤٨)، والملكية لأبي زهرة: ص (١٢٦)

(٦) مسكوكات : الدراهم والدنانير المنقوشة . انظر : المصباح المنير: ص (١٠٧) .

(٧) انظر: الخراج لأبي يوســف: ص (٢٢)، ودرر الحكام: (١/ ١٨٥)، والمدونة الكبرى: (١/ ٣٥١)، والشرــح الصــغير للدردير: (١/ ٢١٥)، والأم: (٢/ ٤٥)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٧٣-٧٢).

(٨) انظر: الهداية: (١/ ١٠٩-١٠٨)، والمبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤-٢١٣).

=

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١-حديث أن النبي ﷺ قال في كنز وجده رجل في خربة جاهلية: «**إن وجدته في قرية مسكونة أو سبيل ميتاء فعرّفه، وإن وجدته في خربة جاهلية أو في قرية غير مسكونة ففيه وفي الركاز الخمس**»(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن مفهومه يدل على أن باقي الركاز لواجده بعد إخراج الخمس الواجب شرعاً(٢).

٢-وبما أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أن رجلاً وجد ألف دينار مدفونة خارجاً من المدينة فأتى بها عمر بن الخطاب، فأخذ الخمس مائتي درهم ودفع إلى الرجل بقيمتها»(٣).

فقد عمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالسنة في الركاز، حيث أخذ الخمس ودفع الباقي في أربعة أخماسه لواجده، وذلك لأنه وجده في أرض مباحة(٤).

٣-وبما أثر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «أتي برجل وجد في خربة ألفاً وخمسمائة درهم بالسواد، فقال علي: لأقضين فيها قضاء بيناً، إذ كنت وجدتها في قرية خربة تحمل خراجها قرية عامرة فهي لهم، وإن كانت لا تحمل فلك أربعة أخماس ولنا خمس»(٥).

فقد قضى علي رضي الله عنه أن باقي الركاز لواجده في الأرض التي لا تحمل خراجها وهي المباحة الموات بعد أخذ الخمس.

٤-قياس الركاز على الغنيمة، فإن أموال الكفار غنيمة لمن وجدها، وإحراز الركاز هنا حصل لفعل الواجد له، وكسبه فكان له بعد الخمس كالغنيمة تماماً(٦)، لقوله تعالى: ﴿ى يى□□□

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٣٧) في باب اللقطة، وأحمد في مسنده: (٢/ ٢٠٣)، وأبو عبيد في الأموال: ص(٤٦٨)، وهو حديث صحيح. انظر: التلخيص الحبير: (٢/ ٢٣٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٣).

(٣) الأثر أخرجه أبو عبيد في الأموال: ص (٤٢٩-٤٢٨)، وابن حزم في المحلى: (٧/ ٣٢٦).

(٤) الأموال لأبي عبيد: ص (٤٣٠).

(٥) الأثر أخرجه أبو عبيد في الأموال: ص (٤٢٩)، وابن حزم في المحلى: (٧/ ٣٢٦-٣٢٥)، وذكره في المدونة الكبرى: (١/ ٢٥٠-٢٥١)، والمبسوط: (٢/ ٢١٤).

(٦) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص (٢٢)، والهداية: (١/ ١٠٨)، والاختيار: (١/ ١١٧)، والمغني: (٤/ ٢٣٥)، والشرح =

ﷺ[١].

٢-ملكية الركاز الإسلامي في الأرض المباحة:

إذا كان الركاز إسلامياً، ووجد في الأرض المباحة، فهو لقطة تملك بعد أن تعرف، فإذا وجد صاحبها أعطي، وإلا بقيت في ذمة واجدها إلىٰ حين ظهور صاحبها، وإن غلب علىٰ الظن انتهاء مالكها فترجع إلىٰ بيت المال، وعلىٰ ذلك جرىٰ اجتهاد فقهاء الإسلام[٢].

وقد استدلوا علىٰ ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١-حديث أن النبي ﷺ قال: «**ما يوجد في الأرض الميتة فهو لقطة يعرف**»[٣].

فإن عموم الحديث يدل علىٰ أن الركاز الإسلامي يكون لقطة تعرف لصاحبها لا يحل تملكها من واجدها.

٢-ولأن الركاز الإسلامي الموجود في الأرض الموات غير موات في ذاته، وإنما هو مملوك لصاحبه فيكون له لقطة[٤].

٣-ولأن الركاز إذا كان فيه شيء من علامات الإسلام عرفنا أنه من وضع المسلمين، ومال المسلم لا يغنم[٥]، أو يملك بحال وإنما هو لقطة تعرف لصاحبها[٦].

٣-ملكية الركاز مجهول الحال أو العلامة في الأرض المباحة:

الكبير: (٢/ ٥٩١)، والمحلىٰ لابن حزم: (٧/ ٣٢٤).

(١) الآية: (٦٩) من سورة الأنفال.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤)، والخراج ليحيىٰ بن آدم: ص (٣٣)، وجواهر الإكليل: (١/ ١٣٧)، والشرح الكبير للدرير: (١/ ٤٩٣)، والأم: (٢/ ٤٤)، والمهذب للشيرازي: (١/ ١٦٣-١٦٢)، والأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٢٠)، ومغني المحتاج: (١/ ٣١٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٣-٢٣٢)، وتصحيح الفروع: (٢/ ٤٩٤)، والمحلىٰ لابن حزم: (٨/ ٢٥٧).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٩٣-٩١)، في باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها، ومسلم في صحيحه: (١٠/ ١٤٦)، في باب اللقطة.

(٤) انظر: الأم للشافعي: (٢/ ٤٤).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤)، والاختيار للموصلي: (١/ ١١٧).

(٦) انظر: مغني المحتاج: (١/ ٣٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٣).

=

اختلف الفقهاء في ملكية الركاز مجهول العلامة على قولين:

القول الأول: أن الركاز المجهول العلامة الموجود في الأرض المباحة يكون لقطة، فعلى هذا يعرف لصاحبه، ولا يملك، فإن وجد صاحبه أعطي له وإلا رفع إلى بيت مال المسلمين، لأنه وارث من لا وارث، وسواء في ذلك الأرض المباحة والمملوكة وهو الراجح من قول الحنفية(١)، والمشهور في مذهب الشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١-إنهم ألحقوا الركاز المجهول العلامة بالركاز الإسلامي كما سبق بيان ذلك.

٢-ولأن العهد قد تقادم والظاهر أنه لم يبق شيء مما دفنه أهل الحرب(٤).

فيبقى الركاز إسلامياً يأخذ حكم اللقطة(٥).

٣-ولأن هذا النوع من الركاز يحتمل الضربين الجاهلي والإسلامي، فيعطي حكم الإسلام لقرب عهده، فيكون لقطة(٦).

القول الثاني: أن الركاز مجهول العلامة الموجود في الأرض المباحة يكون جاهلياً، وعلى هذا فإنه لواجده بعد إخراج الخمس منه، وهو مذهب المالكية(٧)، وقول للحنفية(٨)، وبعض الشافعية(٩).

واستدلوا بما يأتي:

---

(١) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٤)، والاختيار: (١/ ١١٧).

(٢) انظر: المهذب: (١/ ١٦٣)، ومغني المحتاج: (١/ ٣٩٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير: (١/ ٥٩٥)، وزوائد الكافي والمحرر على المقنع: (١/ ٧٤).

(٤) المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤).

(٥) انظر: الاختيار للموصلي: (١/ ١١٧)، والشرح الكبير: (٢/ ٥٩٥).

(٦) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ١٦٣).

(٧) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه: (١/ ٤٩٣)، وجواهر الإكليل: (١/ ١٣٧).

(٨) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٤)، والاختيار للموصلي: (١/ ١١٧).

(٩) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ١٦٣)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٣-٩٢).

=

١- قالوا: لأن الغالب في الدفن أن يكون دفن جاهلي[1]، وذلك لأن الكنوز غالباً من الكفرة[2]، حسب ما ذكروا.

ويمكن أن يعترض على هذا الاستدلال بأن الغالب أمر غير مقبول؛ لأن الغالبية لا تنجر على المعدن المركوز لإمكان ذهب العلامة بمرور الزمن حتى من الركاز الإسلامي نفسه، فيبقى إلحاق المجهول العلامة بالإسلامي أولى لقرب زمانه.

٢-قالوا: لأن الوضع الذي وجد فيه موات يشهد بأنه ركاز جاهلي[3].

ويمكن أن يرد عليه بأنه لا تلازم بين الأرض ونوعية الركاز، فإن إباحة الأرض لا تنفي بقاء الركاز الإسلامي لصاحبه، ولو مات فلورثته، وإن اندثر فالأولى به بيت مال المسلمين باعتباره لقطة.

والذي يظهر لي من القولين السابقين هو القول الأول، وهو إلحاق الركاز المجهول العلامة بالركاز الإسلامي، وعلى هذا يكون مثل هذا الركاز لقطة وذلك لما يأتي:

١-لقوة استدلالهم.

٢-ولأن الأخذ به يحفظ الحقوق من الاختلاس والابتزاز ولأن بيت مال المسلمين وارث من لا وارث له عند عدم ظهور صاحب الركاز الإسلامي.

والله أعلم بالصواب .

ب- ملكية الركاز الموجود في الأرض المملوكة:

يختلف حكم ملكية الركاز الموجود في الأرض المملوكة باختلاف نوعية الركاز والأرض المملوكة أيضاً، ويأتي تفصيل هذا على النحو التالي:

١-ملكية الركاز الجاهلي الموجود في أرض مملوكة لمسلم.

اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: أن الركاز الجاهلي الموجود في أرض إسلامية مملوكة يكون لواجده، وهو قول

(١) حاشية الدسوقي: (١/ ٤٩٠)، وجواهر الإكليل: (١/ ١٣٧).

(٢) انظر: الاختيار: (١/ ١١٧).

(٣) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ١٦٣).

=

الإمام أبي يوسف من فقهاء الحنفية[(١)]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[(٢)]، ومذهب الظاهرية[(٣)]، وهو قول الحسن بن صالح[(٤)] وأبي ثور[(٥)] من فقهاء الأمصار أيضاً[(٦)].

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

١- بقوله ﷺ في الحديث المروي عنه: «**في الركاز الخمس**»، قالوا: فقد دل الحديث على وجوب إخراج الخمس، وما بقي فهو لواجده.

ولقائل أن يقول: الحديث ورد في الحق الواجب في الركاز، وليس فيه ما يدل على أن البقية لواجده.

وإن سلم بهذا الاستدلال فإنه وارد في الأرض غير المملوكة، فلا يدخل فيما نحن فيه وهي الأرض المملوكة.

٢- واستدلوا أيضاً بما روي عن عائشة < أن رجلاً قال لها: أصبتُ كنزاً، فرفعته إلى السلطان، فقالت عائشة: «بفيك الكثكث»[(٧)].

قالوا: يفهم من الأثر المذكور أنه لا يكون الركاز للسلطان، وإنما هو لواجده الذي أصابه مطلقاً.

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأنه قد يفهم من فعل الرجل ما يدل على جواز رفع الركاز الجاهلي إلى بيت المال عند عدم وجود المالك الأصلي له، ثم إنه عند عدم قبول عائشة - رضي الله عنها - وزجرها للرجل عندما رفع الكنز للسلطان لعل ذلك كان موجوداً في أرض مباحة، ويملكه

(١) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(٢٢)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٦)، ومجمع الأنهر: (١/ ٢١٢)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٤٥-٤٧).

(٢) انظر: المغني: (٤/ ٢٣٤)، والشرح الكبير: (٦/ ٥٩٨)، والإنصاف: (٦/ ٥٩٨)، وشرح منتهى الإرادات: (١/ ٤٠٠).

(٣) انظر: المحلى لابن حزم: (٤/ ٢٣١).

(٤) هو أبو عبد الله الحسن بن صالح بن حي الهمداني الثوري الكوفي، ولد سنة ١٠٠هـ، توفي سنة ١٦٩هـ. انظر: تهذيب التهذيب (٢/ ٢٨٩-٢٨٥) و سير أعلام النبلاء (٧/ ٣٦١).

(٥) هو إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي مفتي العراق، ولد في حدود سنة ١١٧هـ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ. انظر: وفيات الأعيان (١/ ٢٦) وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢/ ٨٠-٧٤) وشذرات الذهب (٢/ ٩٤-٩٣).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٤).

(٧) الأثر أورده ابن حزم في المحلى: (٧/ ٣٢٤)، والكثكث: التراب.

=

واجده، وعلىٰ ذلك لا يقبل الاستدلال بالأثر في هذا المقام؛ لأن الخلاف وارد فيما إذا وجد الركاز في أرض مملوكة.

٣- قياس الركاز الجاهلي علىٰ الغنيمة بجامع الأخذ للواجد في كل منهما؛ لأن أربعة أخماس الركاز تكون لمن وجده بعد أخذ الخمس كالغنيمة يؤخذ منها الخمس، والباقي للغانمين[(١)]، لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿ﭑﭒﭓﭔﭕﭖﭗﭘﭙﭚﭛﭜﭝ﴾[(٢)]. فإن الآية تضمنت إخراج خمس الغنيمة، والباقي لأهلها الغانمين، وكذلك الركاز، لأن أموال الكفار غنمية للمسلمين والركاز منها[(٣)].

ويرد علىٰ هذا الاستدلال بالقياس أن فيه نظراً من حيث الإطلاق علىٰ الركاز بأنه غنيمة، فما الذي يسوغ اغتنامه وهو في أرض مملوكة؟ والاستدلال بآية الغنيمة هو في غير محلها خاصة، وأن الغنائم واردة فيما أخذ من الكفار بحرب، وقتال، وهذا منتف لدخول حكم الركاز في حوزة مسلم فيكون له إن وجد وإلا لورثته، فإن عدموا فلأقصىٰ مالك لها في الإسلام، وإلا رفع لبيت مال المسلمين؛ لأنه وارث من لا وارث له.

٤- ولأن الركاز لا يملك بملك الأرض؛ لأنه مودع فيها، وإنما يملك بالظهور عليه، وهذا قد ظهر عليه، فوجب أن يملكه[(٤)].

ويمكن أن يرد علىٰ هذا التعليل بأن هذا القول يعتبر فيما إذا كان الركاز في أرض مباحة، ولكن الأمر هنا يختلف؛ لأن الركاز في أرض مملوكة وعلىٰ هذا فلا يقبل هذا التعليل.

ثم إن مسألة تملك ركاز الأرض المملوكة بالظهور عليه مما اختلفوا فيه.

٥- واستدلوا أيضاً بالقياس علىٰ الركاز الموجود في المفازة؛ لأنه هو الذي أظهره وحازه، ولم يملكه الإمام؛ لأنه لو ملكه الكنز مع الأرض لم يكن عدلاً[(٥)]، فكان الركاز لواجده.

---

(١) انظر: الخراج للإمام أبي يوسف: ص (٢٢)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٦).

(٢) الآية: ٤١ من سورة الأنفال.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٥)، والشرح الكبير (٦/ ٦٠١)، والمحلىٰ لابن حزم (٧/ ٣٢٤).

(٤) انظر: البحر الرائق (٢/ ٢٣٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٣)، والمحلىٰ (٧/ ٣٢٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٦٦)، والاختيار للموصلي (١/ ١١٧).

=

ويرد عليه بما قاله الكاساني في بدائع الصنائع[١]: "فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الإمام ما ملكه إلا رقبة الأرض على ما ذكرتم لكنه لما ملك الأرض كتمليك الإمام فقد تفرد بالاستيلاء على ما في الأرض ...

والثاني: أن مراعاة المساواة في هذه الجهة في القسمة مما يتعذر فيسقط اعتبارها دفعاً للحرج ويمكن أن يرد عليه بوجه آخر وهو أنه قياس مع الفارق إذا تملك ركاز المفازة يفارق تملك ركاز له مالك لأرضه.

القول الثاني: إن أربعة أخماس الركاز الجاهلي لصاحب الخطة[٢]، الذي قسمت له الأرض في بداية الفتح الإسلامي ثم هي لورثته من بعده، وعند عدم معرفتهم تكون لأقصى مالك لها بالإحياء ولورثته من بعده، وإلا رفع لبيت مال المسلمين.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن من الحنفية[٣]، وهو مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، ورواية للحنابلة[٦][٧].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١- بما رواه ابن القاسم: عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال السفطين[٨]، اللذين وجدا من كنز

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٦٦)، وانظر كذلك الاختيار (١/ ١١٧).

(٢) صاحب الخطة: عرفه السرخسي في المبسوط: (٢/ ٢١٤) بأنه هو الذي أصاب هذه البقعة بالقسمة حين افتتحت البلدة؛ لأن الإمام يخط لكل واحد من الغانمين حيزاً ليكون له، وانظر: كذلك بدائع الصنائع: (٢/ ٦٧-٦٦).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٦)، ومجمع الأنهر: (١/ ٢١٢)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٤٥-٤٧).

(٤) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٢٥٠)، والشرح الكبير: (١/ ٤٩١-٤٩٠)، والشرح الصغير: (١/ ٢١٥)، والصاوي عليه: (١/ ٤٨٧)، وحاشية الخرشي: (٢/ ٢١٢-٢١١)، والقوانين الفقهية: ص (٩٠).

(٥) انظر: الوجيز للغزالي: (١/ ٩٧)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤)، وفتح الباري لابن حجر: (٣/ ٣٦٥).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٤)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: (٦/ ٥٩٨)، والإنصاف: (٦/ ٥٩٨).

(٧) انظر: الملكية لأبي زهرة: ص (١٣٩).

(٨) معنى السفطين: السفط الذي يعبى فيه الطيب وما أشبهه من أدوات النساء، ومنه السفاطة متاع البيت، لسان العرب لابن منظور: (٧/ ٣١٥).

=

التخير يجان حين قدم بهما عليه، فأراد عمر أن يقسمهما في المدينة، فرأى عمر أن الملائكة تدفع في صدره عنهما في المنام، فقال: ما أرى هذا يصلح لي فردهما إلى الجيش الذين أصابوه وقد كان ذلك السفطان إنما هو كنز دل عليه بعدما فتحت البلاد، وسكن الناس واتخذوا الأهلين فكتب عمر أن يباعا فيعطاه المقاتلة والعيال"[١].

قالوا: وقد عدل عمر بن الخطاب ﷺ عن تقسيم الكنز الجاهلي على أهل المدينة إلى الجيش الفاتح وورثتهم خاصة، وأن المسلمين قد استقروا في البلاد فدل ذلك على أن الركاز الجاهلي الموجود في الأرض المملوكة لصاحب الخطة الذي نال القسمة بتلك البقعة من المقاتلين المسلمين.

٢- واستدلوا أيضاً بما روي عن علي ﷺ : «أن رجلاً جاء إلى علي بن أبي طالب ﷺ بألف وخمسمائة درهم وجدها في خربة فقال علي: إن وجدتها في أرض يودى خراجها قوم فهم أحق بها منك، وإن وجدتها في أرض لا يؤدي خراجها أحد فخمسها لنا، وأربعة أخماسها لك»[٢].

وقد وجه هذا الدليل السرخسي بقوله: «وهذا مراد محمد من قوله، وهذا قياس الأثر عن علي بن أبي طالب ﷺ والمعنى فيه أن صاحب الخطة ملك البقعة بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها»[٣].

٣- ولأن صاحب الخطة ملك الأرض بما فيها، لأنه إنما يملكها بتمليك الإمام، والإمام إنما ملك الأرض بما وجد منه ومن سائر الغانمين من الاستيلاء، والاستيلاء كما ورد على ظاهر الأرض ورد على ما فيها، فملك ما فيها، وبالبيع لا يزول ما فيها عن مالكه ظاهراً وباطناً؛ لأن البيع يوجب زوال ما ورد عليه البيع، والبيع ورد على ظاهر الأرض لا على ما فيها وإذا لم يكن ما فيها تبعاً لها فيبقى على ملك صاحب الخطة، وصار هذا كمن اصطاد سمكة كانت ابتلعت لؤلؤة أو اصطاد طيراً كان قد ابتلع جوهرة أنه يملك الكل، ولو باع السمكة أو الطير لا تزول اللؤلؤة والجوهرة عن ملكه لورود العقد على السمكة والطير دون اللؤلؤة والجوهرة[٤].

---

(١) الأثر أورده ابن القاسم في المدونة الكبرى: (١/ ٢٥٠).

(٢) الأثر أورده أبو عبيد في الأموال: ص (٤٢٩)، والسرخسي في المبسوط: (٢/ ٢١٤).

(٣) المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٤).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١٥-٢١٤)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٦)، والبحر الرائق: (٢/ ٣٢٤)، والهداية للمرغيناني: (١/ ١٠٩-١٠٨).

٢- **ملكية الركاز الجاهلي الموجود في أرض الصلح أو العهد**(١):

اختلفوا في حكمه على النحو التالي:

أولاً: إذا كان الركاز الجاهلي قد وجد في موات أرض الصلح فهو لواجده باتفاق الفقهاء(٢)، قياساً منهم على واجد الركاز في موات أرض الإسلام(٣).

ثانياً: إذا كان الركاز قد وُجد في أرض الصلح المملوكة فقد اختلف في ملكيته على قولين:

القول الأول: أن ملكية ركاز أرض الصلح تكون لأهلها المصالحين وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(٤)، والمالكية(٥)، والشافعية(٦)، والحنابلة(٧).

واستدلوا على هذا القول بما يأتي:

١- بحديث أن رسول الله ﷺ قال: «**إنكم لعلكم تقاتلون قوماً فيتقونكم بأموالهم دون أنفسهم وأبنائهم، ويصالحونكم على صلح فلا تأخذوا منهم فوق ذلك، فإنه لا يحل لكم**»(٨).

يفهم من الحديث حرمة ركاز أرض المصالحين على غير أهلها، لأنها من أموالهم المحرزة، بسبب عقد العهد الذي عقدوه مع المسلمين.

---

(١) أرض الصلح والعهد بينهما ترادف في المعنى، حكاه أبو عبيد في الأموال: ص (٢٢٠)، وانظر: أيضاً مختار الصحاح: ص (٤٦٠-٣٦٧)، والنظم المستعذب: (١/ ١٦٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٣/ ٢١٤)، والهداية للمرغيناني: (١/ ١٠٨)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (١/ ٤٩٠)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤)، والمقنع: ص (٥٦)، والشرح الكبير عليه: (٦/ ٥٩٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٦)، والمبسوط: (٢/ ٢١٤)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤).

(٤) انظر: المبسوط: (١٠/ ٨٥)، والخراج لأبي يوسف: ص (٢٢).

(٥) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٢٥٠-٢٤٩)، وحاشية الدسوقي: (١/ ٤٩٠).

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٥).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٥)، والفروع لابن مفلح: (٢/ ٤٩٢).

(٨) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٤٣٧-٣٣٦)، باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات، من كتاب الخراج والإمارة والفيء برقم: (٣٠٥١) من حديث رجل من جهينة، وأبو عبيد في الأموال: ص (١٨٩)، وابن زنجويه في الأموال: (١/ ٣٦٥) . والحديث ضعيف، لأن في إسناده رجلا مجهولا .

=

٢- وبما أثر عن ابن عباس { أن رجلاً سـأله، فقال: «إنا نمر بأهل الذمة، فنصيب من الشـعير أو الشيء، فقال ابن عباس: لا يحل لكم من ذمتكم إلا ما صالحتموهم عليه»[١].

وهو يدل على أن ركاز أرض الصلح لأهلها.

٣- ولئلا ينسب إلى مسلم خيانة، إذ بمقتضى عقد الصلح أصبحت أموالهم محرزة محترمة ومنها الركاز[٢].

القول الثاني: إن ركاز أرض الصلح لواجده مطلقاً بعد خراج الخمس دون نظر إلى صاحب الأرض الموجود فيها ذلك الركاز، وهو مذهب الظاهرية[٣].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١- قولهم: «لأنه غير الأرض، فلا يكون ملك الأرض ملكاً لما فيها من غيرها من صـيد، أو لقطة أو دفينة أو غير ذلك»[٤].

ويمكن أن يرد عليه بأن الركاز الذي هو غير الأرض كما تقولون داخل في ملكية أرض المصالح، وما كان تحت يده فهو باسط عليه وتحت تصرفه فلا يخرج عن تملكه بحال.

٢- واسـتدلوا أيضـاً بقولهم: إن الركاز لمن وجده، لأنه في يده، وهو غانمه[٥] ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أن الركاز يكون لمن وجده في موات، لا أن يكون في حوزة مالك له، وهو هنا مملوك بملكية الأرض فبطل الاستدلال بهذا من هذا الوجه.

الثاني: إن القول بأن الركاز غنمية وارد فيما حصـل عليه صـاحبه بقتال وقوة حرب وهنا في أرض صلح وعهد، فلا يكون غنيمة.

القول الذي يظهر لي هو القول الأول، وهو الركاز الجاهلي الموجود في أرض الصـلح والعهد

(١) أورده أبو عبيد في الأموال: ص (١٩٧)، وابن زنجويه في الأموال: (١/ ١٨٢).

(٢) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٥)، وكذلك: (١٠/ ٨٥).

(٣) انظر: المحلى لابن حزم: (٧/ ٣٢٥).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: المصدر السابق.

ملكيته تكون لأهلها المصالحين، لقوة ما استدلوا به، ولمطابقته للواقع، ولأن الصلح حائل دون أخذ أموال المصالحين إلا بموجب بنود العقد، ولأنه يفضي إلى نقض العهد المبرم، والخيانة مما لا ينبغي أن يفعله مسلم مع معاهد. والله أعلم بالصواب.

٣- ملكية الركاز الجاهلي الموجود في أرض الوقف:

يرى الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤)،(٥)، أن الركاز الموجود في أرض الوقف يكون للموقوف عليه، شخصاً كان أو جهة ذات مصلحة، فإن كان الموقوف عليه شخصاً فركاز أرض الوقف له، ولورثته من بعده، فإن عدموا فليست بمال المسلمين على أنه وارث من لا وارث له، وإن كان الموقوف عليه جهة كمسجد مثلاً أو مصلحة عامة فإن الموجود في أرضها من ركاز يصرف لمصالحها، فإن عدمت الجهة رفع ذلك لبيت مال المسلمين يصرف في مصالحهم، واستدلوا على ذلك بقولهم لأنه موقوف عل تلك الجهات، وما وجد في أرضها من ركاز فهو لهم؛ لأنها في أيديهم فلا تخرج عنهم(٦).

٤- ملكية الركاز الجاهلي الموجود في أرض الحرب:

إذا كان الركاز الجاهلي قد وُجد في أرض الحرب نظر أيضاً:

أولاً: إن كان الركاز وجد في موات أهل الحرب فقد اختلف في تملكه على قولين:

القول الأول: إن الركاز الموجود في موات أهل الحرب يكون لواجده بعد إخراج الخمس، وهو

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٦).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (١/ ٤٩٠)، والفواكه الدواني: (١/ ٣٤٩).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤)، ومغني المحتاج: (١٠/ ٣٩٥).

(٤) انظر: المغني: (٤/ ٢٣٣-٢٣٢)، وشرح منتهى الإرادات: (١/ ٤٠٠).

(٥) انظر: انظر تفصيل الكلام على المسألة في المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم بك: ص (٤٦-٤٥).

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص (٢٠٥)، والمعاملات الشرعية: ص (٤٥-٤٦).

=

مذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤].

واســتدلوا بقياس ركاز موات أهل الحرب على ركاز موات المســلمين بجامع الإباحة في كل منهما[٥].

القول الثاني: إنه غنيمة لواجده بلا تخميس، وهو مذهب الحنفية[٦].

واســتدلوا بقولهم: لأنه مباح ليس في يد أحد منهم، فلا يكون في أخذه غادراً بهم كالحطب والحشيش[٧].

ولأنه مال أخذه لا على طريق القهر والغلبة، لانعدام غلبة أهل الإ سلام على ذلك المو ضع، فلم يكن غنيمة فلا خمس فيه ويكون الكل له لأنه مباح ا ستولى عليه بنفسه فيملكه و سواء دخل بأمان أو بغير أمان لأن حكم الأمان يظهر في المملوك لا في المباح[٨].

ويمكن أن يرد عليه بأنه لو كان مباحاً فإنه يأخذ حكم الواجد للركاز الذي يجب أن يخرج منه الخمس شرعاً.

الذي يظهر لي هو القول بأن الركاز الموجود في أرض الحرب يكون لوا جده بعد التخميس وذلك لموافقته للشرع والعقل، ولأن قياسهم هنا قياس صحيح. والله أعلم بالصواب.

ثانياً: إذا كان الركاز الجاهلي موجوداً في أرض مملوكة لحربي[٩].

---

(١) انظر: الشرح الكبير: (١/ ٤٩١).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤).

(٣) انظر: الفروع: (٢/ ٤٩٢)، ومنتهى الإرادات: (١/ ١٩٤).

(٤) انظر: المحلى: (٧/ ٣٢٥).

(٥) انظر: المصادر السابقة لكل مذهب.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٦)، والخراج لأبي يوسف: (ص٢٢).

(٧) المبسوط: (٢/ ٢١٤)، وانظر كذلك بدائع الصنائع: (٢/ ٦٦).

(٨) بدائع الصنائع للكاساني: (٢/ ٦٦).

(٩) الحربي: هو الكافر الذي ليس بينه وبين المسلمين عقد ذمة ولا عقد أمان .

انظر: تبيين الحقائق: (٣/ ٢٦٨)، أحكام أهل الذمة: (٢/ ٤٧٦)، تحرير ألفاظ التنبيه: ص(٣٢٥)، نظرية الحرب في الشريعة الإسلامية: ص(٣٧٨) .

=

فقد اختلف الفقهاء في تملكه على أقوال ترجع إلى قولين جامعين:

القول الأول: إذا دخل المسلم إلى أرض الحرب بأمان ووجد ركازاً في تلك الأرض المملوكة فهو لصاحبها الحربي، حتى لا ينسب المسلم إلى الغدر والخيانة لدخوله إليهم بمقتضى الأمان، ولأن يد الحربي على أرضه وما وجد فيها من ركاز فهو له خاصة.

وإذا دخل المسلم بغير أمان، ووجد ركازاً في أرض الحرب فهو له؛ لأنه غنيمة يحل له أخذها من غير رضا أصحابها الحربيين.

هذا مذهب الحنفية[1]، وبعض الشافعية[2]، وهو القول المخرج للحنابلة[3].

القول الثاني: وهو التفصيل أيضاً من حيث قدرة واجد الركاز فقالوا:

أ- إن أصاب المسلم ركازاً في أرض مملوكة لحربي، ولم يقدر عليه إلا بقوة جماعة مسلمة فهو غنيمة بينهم بعد إخراج الخمس، وهو مذهب المالكية[4]، والظاهر من قول الشافعية[5]، والحنابلة[6]، والظاهرية[7]، في هذه الحالة.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه في هذه الحالة بما يلي:

١- بعموم قوله تعالى: ﴿ىيپ□ □ □ ﴾[8]. حيث أباح الشارع للمسلمين الأكل من غنائم أموال الكفار والركاز منها.

٢- ولأن مال الكافر غير الذمي غنيمة لمن وجده[9].

---

(١) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٥)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٦).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤)) والإقناع: (٢/ ٣٠٤).

(٣) قال ابن قدامة: ويخرج لنا مثل قولهم: بناء على قولنا: إن الركاز في دار الإسلام يكون لمالك الأرض. انظر: المغني: (٤/ ٢٣٥).

(٤) نظر: المدونة الكبرى: (١/ ٢٥٠).

(٥) نظر: الأم: (٢/ ٤٥)، والمهذب: (١/ ١٦٩).

(٦) نظر: المغني: (٤/ ٢٣٥)، والمبدع لابن مفلح: (٢/ ٣٦٣).

(٧) انظر: المحلى: (٧/ ٣٢٤).

(٨) الآية: (٦٩) من سورة الأنفال.

(٩) المحلى لابن حزم: (٧/ ٣٢٤).

=

٣- ولأن واجد الركاز في أرض الحرب لم يحصل عليه إلا بمساعدة هؤلاء الجماعة من المسلمين فيكون غنيمة بينهم[١].

ب- أن يقدر المسلم على الركاز بنفسه سواء دخل إلى دار الحرب بأمان أو بغير أمان فيكون الركاز له، وهو المنصوص عليه في مذهب الحنابلة[٢].

وعللوا بأن الركاز ليس لمالكه الحربي حرمة معتبرة، فكان لمن وجده من المسلمين[٣]. والله أعلم بالصواب.

٥- ملكية الركاز الجاهلي الموجود في الشارع أو الطريق المسلوك:

إذا وجد الركاز في شارع أو طريق مسلوك اختلفوا في تملكه على قولين:

القول الأول: أن الركاز الموجود في الشارع أو الطريق المسلوك حكمه حكم اللقطة، وهذا مذهب الحنفية[٤]،والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن الركاز الموجود في الشارع أو الطريق المسلوك حكمه حكم الركاز، وهو مذهب المالكية[٧]، ووجه للشافعية[٨].

وأما الموجود في الأبنية القديمة، والتلول، وجدران الجاهلية وقبورهم فهو ركاز بغير خلاف ذكره ابن قدامة في المغني وذكر أيضاً: «لو وجده في هذه الأرض على وجهها، أو في طريق غير مسلوك أو قرية خراب فهو كذلك في الحكم لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: سئل رسول الله ﷺ : عن اللقطة؟ فقال: «**ما كان في طريق مأتيّ أو في قرية عامرة فعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا**

---

(١) انظر: كشاف القناع والإقناع معه: (٢/ ٢٢٨).

(٢) انظر: المبدع: (٢/ ٣٦٣-٣٦٢)، وكشاف القناع: (٢/ ٢٢٨).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٥).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٢)، ومغني المحتاج: (١/ ٣٩٥)، قال النووي في المجموع: وهو المذهب الصحيح الذي قطع به العراقيون والقفال: إنه لقطة وقيل: ركاز وقيل فيه وجهان: أصحهما: لقطة والثاني: ركاز.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٣).

(٧) انظر: الفواكه الدواني: (١/ ٣٤٩).

(٨) انظر: المجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٢).

=

فلك وما لم يكن في طريق مأتي ولا في قرية عامرة ففيه، وفي الركاز الخمس»[١].

فالحديث بمدلوله وفحواه دليل للقول الأول، **وهو الراجح** إن شاء الله تعالى.

٦- ملكية الركاز الإسلامي الموجود في أرض مملوكة:

أما الركاز الإسلامي الموجود في أرض مملوكة فهو لقطة تملك بعد أن تعرف، فإذا وجد صاحبها أعطي، وإلا بقيت في ذمة واجدها إلى حين ظهور صاحبها. وهذا رأي الفقهاء جميعاً[٢].

لأن الركاز الإسلامي الموجود في الأرض الموات غير موات في ذاته، وإنما هو مملوك لصاحبه، فالموجود في أرض مملوكة مملوك بلا ريب، فيكون له لقطة[٣].

ولأن الركاز الإسلامي معروف بأنه من وضع المسلمين، ومال المسلم لا يغنم ولا يملك بحال وإنما هو لقطة تعرف لصاحبها[٤].

ونقل عن الإمام أحمد -رحمه الله- ما يدل على أنه لواجده، لأنه قال في مسألة من استأجر أجيراً ليحفر له في داره، فأصاب في الدار كنزاً فهو للأجير[٥]، وذلك لأن الكنز لا يملك بملك الدار؛ لأنه مودع فيها، وإنما يملك بالظهور عليه، وهذا قد ظهر عليه، فوجب أن يملكه[٦].

٧-ملكية الركاز المجهول العلامة الموجود في أرض مملوكة:

أما الركاز المجهول العلامة في الأرض المملوكة فحكمه حكم القسم السابق لدى القائلين بأنه

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٣٣٥)، باب التعريف باللقطة من كتاب اللقطة، برقم (١٧١٠)، والنسائي في المجتبى: (٨/ ٨٦-٨٥) باب المعدن من كتاب الزكاة، والدارقطني في سننه: (٣/ ١٩٥-١٩٤)، و(٤/ ٢٣٤)، والحاكم في المستدرك: (٤/ ٣٨١)، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ١٨٠، ١٨٦، ٢٠٣)، وهو حديث حسن ذكره محقق المسند. انظر: (١١/ ٢٧٤).

(٢) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٤)، وجواهر الإكليل: (١/ ١٣٧)، ومغني المحتاج: (١/ ٣٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٤)، والمحلى لابن حزم: (٨/ ٢٥٧)، والمجموع شرح المهذب: (٦/ ٩٤).

(٣) انظر: الأم للإمام الشافعي: (٢/ ٤٤).

(٤) انظر: مغني المحتاج: (١/ ٣٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٣٤).

(٦) انظر: المصدر السابق: (٤/ ٢٣٤-٢٣٣).

=

ركاز إسلامي يأخذ حكم اللقطة. والله أعلم بالصواب.

٤- **ومنها**: مسألة الحجارة المدفونة، فهل يملكها من ملك أرضها أم لا؟[١].

قال القرافي: علىٰ القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها تندرج الحجارة المدفونة في بيع الأرض، فإن صاحب الأرض يملكها بما في بطنها[٢]، كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها، والمراد بالمخلوقة: أي التي خلقت في تلك البقعة لا بفعل الإنسان أي وضعها فيها[٣].

٥- ومنها من ملك أرضاً فهل يملك الزرع الكامن فيها أم لا؟

اختلف فقهاء المالكية رحمهم الله في هذه المسألة علىٰ قولين:

القول الأول: أنه يملك الزرع الكامن فيها، كما أنه يملك الزرع الظاهر، وهو القول المعول علىٰ الضابط المذكور، وهو القول المشهور لدىٰ فقهاء المالكية[٤].

القول الثاني: أنه لا يملك الزرع الكامن فيها، وهي رواية عن فقهاء المالكية[٥].

وذكر القرافي في الفروق: «وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كمأبور الثمار، فإن كان كامناً في الأرض اندرج علىٰ إحدىٰ الروايتين»[٦]، والأول أرجح للأصل الذي ذكروه. والله أعلم بالصواب.

٥- **ومنها**: مسألة الغرس فهل يملكه صاحب الأرض أم لا؟ خلاف بين الفقهاء علىٰ القاعدة المذكورة[٧].

٦- **ومنها**: الأشجار النابتة بلا غرس في ملك رجل فإنه يملكها لأنه نبت في ملكه مما في بطن

---

(١) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩٠)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٣٥٢).

(٢) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٤٥) و (٣/ ٤٦٣).

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣)، والقواعد للمقري، اللوحة: (٦٣/ ب)، والتوضيح لابن الحاجب: (١٢/ و٣٧٩-أ).

(٤) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩٠)، والقواعد للمقري، اللوحة: (٦٣/ ب) وشرح المنهج: ص (٣٥٣-٣٥٢).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) الفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣).

(٧) انظر: الفروق للقرافي: (٣/ ٤٦٣).

=

أرضه[1].

الجانب الثاني: ملكية علو الأرض وما فوقها بناء على القول: أنه من ملك أرضاً ملك أعلاها[2]، ما أمكن وتندرج فيه مسائل منها:

١- من ملك أرضاً فهل يملك علوها إلى عنان السماء أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: أن العلو ملك لصاحب الأرض، فله أن يعلي عليها من الأبنية ما يشاء، وله أن يحفر فيها ما يشاء، وليس لأحد أن يتعدى على هواء أرضه أو يحفر فيها وإن لم يضر به؛ لأنه تصرف في ملك غيره بدون إذنه. وهذا قول الجمهور من الحنفية[3]، والمالكية في قول[4]، والشافعية في المشهور[5]، والحنابلة في المذهب[6].

ويقرر هذا القول ما جاء في الدر المختار في بيان أحكام المساجد «وكره تحريماً الوطء فوقه، والبول والتغوط؛ لأنه مسجد إلى عنان السماء»[7]، وفي حاشية رد المحتار عليه: «قال الزيلعي: ولهذا يصح اقتداء من على سطح المسجد بمن فيه إذا لم يتقدم على الإمام، ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه، ولا يحل للجنب والحائض والنفساء الوقوف عليه، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها يحنث... وكذا إلى تحت الثرى»[8].

وقد نصت المادة: (١١٩٥) على هذا: «من أحدث في داره بيتاً ليس له أن يبرز رفرافه على هواء دار جاره. فإن أبرزه يقطع منه ما جاء على هواء تلك الدار، وإن لم يضر به؛ لأنه تصرف في ملك الغير

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٧٨)، مادة رقم: (١٢٤٤).

(٢) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣١)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٣٥٣).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: (١/ ٦٥٦)، وشرح المجلة لرستم باز: ص (٦٥٦-٦٥٤)، وفتح القدير: (٥/ ٢٤).

(٤) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٤٤)، وإيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك: ص (٣٩٠)، والذخيرة: (٥/ ٢٤٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/ ١٤)، وحاشية ابن الشاط على الفروق: (٤/ ٤٤).

(٥) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٠٦).

(٦) انظر: كشاف القناع: (٢/ ١٩٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، والإنصاف والشرح الكبير معاً: (١٦/ ٩٧).

(٧) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين(١/ ٦٥٦).

(٨) انظر: المرجع السابق.

=

بدون إذنه»[١]، وقد نصت المادة: (١١٩٦)أيضاً علىٰ هذا: «من امتدت أغصان شجر بستانه إلىٰ دار جاره أو بستانه فلجاره أن يكلفه تفريغ هوائه بالربط أو القطع»[٢].

قال القرافي: «اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك، وهواء المسجد له حكم المسجد فلا يقربه الجنب، ومقتضىٰ هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلىٰ عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها، ويبنىٰ علىٰ رؤوس الخشب سقف عليه بنيان»[٣].

قال الزركشي: "الهواء في الأرض والبناء تابع لأصله، فهواء الطلق طلق، وهواء المسجد مسجد، وهواء الشارع المشترك مشترك، وهواء الدار المستأجرة مستأجر، حتىٰ لو أراد الآخر أن يبني جناحاً في هواء الأرض المستأجرة منع ، وكذلك لأهل الدرب المشترك منع من أراد إشراع شيء في هوائه ، وكذلك من وقف بئراً وأراد أن يبني بإزائها جدراناً، وسقف عليها سقفاً يمر في هواء البئر منعناه وإن كان لا يضر بالبئر... أما إذا رماه (يقصد طائراً) لإنسان في الهواء فقتله ضمن، سواء أكان هواء داره أم غيره؛ لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره"[٤].

القول الثاني: أنه لا يملك من الأرض من علوها وعلىٰ هذا لا يجوز بيع الهواء عندهم، وهو قول للشافعية[٥]، ووافقهم في بيع الهواء القاضي أبو يعلىٰ من الحنابلة[٦].وهذا قول بعض الفقهاء[٧] بناء علىٰ أنه حق.

قال الزركشي: «لا ينبغي أن يثبت الاختصاص في جهة العلو إلا بما تمس الحاجة إليه إذ لا فائدة

(١) شرح المجلة لرستم باز (١/ ٦٥٦) مادة: ١١٩٥.

(٢) المصدر السابق، مادة: (١١٩٦) .

(٣) الفروق للقرافي (٤/ ٤٤).

(٤) المنثور في القواعد للزركشي: (٦/ ١٦٧).

(٥) المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٥).

(٦) المغني: (٤/ ٣٦٥).

(٧) منهم الظاهرية والزيدية. انظر: المحلىٰ (٤/ ٣٥٥-٣٥٤)، والتاج المذهب (٣/ ٣٤).

=

في إثبات الملك فيما وراء ذلك" [١]

بعد هذا البيان القول **الذي يظهر لي** هو القول الأول وهو بملكية صاحب الأرض علوها وذلك لما يأتي:

١-ذلك لصحة القاعدة

الحديث يشعر بملك ما تحت الشبر من الأرضين، من جهة أن القاعدة: **أن العقوبة تكون بقدر الجناية**[٢].

٢-ولأن ملكية العلو تابعة لملكية الأرض التي هي القرار و القاعدة المقررة لدى الفقهاء التابع تابع.

٢- مسألة بيع الطبقات العلوية أو بيع حق التعلي:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يجوز بيع الطبقات العلوية أو حق التعلي، وعلى هذا تثبت ملكية العلو عندهم استقلالاً بطريق البيع أو الهبة، وهو مذهب المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، حتى إنه ليصح عندهم بيعه قبل وجود سفله، وذلك بأن يباع علو ما سيبنى على وضع معين موصوف وعلى هذا الوضع يرى أن ملكية العلو قد تنفصل عن ملكية الأرض في نظر الفقهاء، كما يلاحظ هذا الانفصال في حال الحكر أيضاً.

وعلى هذا القول يجوز انفصال ملكية العلو عن ملكية الأرض، فتنفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها أو ملكية ما تحتها عن ملكيتها، ويتحقق ذلك في مبنى ذي طبقات باع صاحبه بعض طبقاته العليا أو باع أرضه، وطبقته السفلى واستبقى لنفسه الطبقات العليا، ففي هذه الحال تكون الأرض وما عليها من بناء لم يبع معها ملكاً لشخص، ويكون ما يعلو ذلك من الطبقات ملكاً لشخص آخر، ويظل كذلك مالكاً لهوائه بعد انعدام بنائه، وقد يحدث ذلك أيضاً في دار مكونة من

(١) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٥).

(٢) انظر: حاشية ابن الشاط (٤/ ٤٧).

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ١٧-١٦).

(٤) انظر: كشاف القناع: (٢/ ١٩٨)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ١٣١-١٣٠).

ثلاثة طبقات أو أكثر، يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص أو أكثر لكل شخص طبقة منها على أن تكون الطبقة السفلى صفقة واحدة مع الأرض، فيكون لمشتري الطبقة الثانية حق ملكيتها، ولمشتري الطبقة الثالثة حق ملكها، وهكذا إلى ان يكون للأخير آخر طبقة وعلوها.

جاء في الذخيرة: «يجوز بيع حق الهواء لإخراج الأجنحة من غير أصل يعتمده البناء»[1].

وفي شرح ميارة على تحفة الحكام عند قول صاحب التحفة: «وجائز أن يشتري الهواء لأن يقام فيه البناء». «**هنا مسألتان: إحداهما**: شراء عشرة أذرع مثلاً من هؤاء فوق سقف بيت لأن يقيم مشتريه في ذلك الهواء ما أحب إذا كان ذلك الهواء مقدراً بأذرع معلومة ووصف البناء الذي يبني عليه بصفة مضبوطة. **الثانية**: شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا وصف البناء الأسفل والأعلى؛ لأن متانة الأسفل مما يرغب فيه صاحب الأعلى، وخفة الأعلى مما يرغب فيه صاحب الأسفل»[2].

القول الثاني: لا يجوز بيع الطبقات العلوية أو حق التعلي، وهذا مذهب الحنفية[3]، وجمهور الشافعية[4]، والظاهرية[5].

واختلف أصحاب هذا القول فيما بينهم في مسألة ثبوت الملكية فيما فوق البناء من الهواء والعلو فذهب الحنفية[6] إلى أن الهواء يملك من ملك القرار وعلى هذا يجوز بيع الهواء مع سفله، كما يجوز بيع العلو قبل سفله.

وذهب الشافعية[7] والظاهرية[8] أنه لا تثبت الملكية في الهواء، وإنما يثبت حق الارتفاق بها، وعلى

---

(١) انظر: الذخيرة: (٥/ ٢٤٩).

(٢) شرح ميارة على تحفة الحكام: (١/ ٢٨٥).

(٣) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٤)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٢)، وشرح المجلة لرستم باز: ص (٦٥٦-٦٥٤).

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٣٤٤).

(٥) انظر: المحلى للإمام ابن حزم: (٤/ ٣٥٥-٣٥٤).

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: المرجع السابق .

(٨) انظر: المرجع السابق .

=

هذا لا يجوز بيع الهواء والعلو، والهواء مما لا يملك.

وفي الهداية للمرغيناني: «وإذا كان السفل لرجل، وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه لم يجز؛ لأن حق التعلي ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه[١]، ثم هو ليس حقاً متعلقاً بالمال، بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء مالاً يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما»[٢].

وجاء في حاشية ابن عابدين أيضاً: «والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده، لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلي وهو ليس بمال ولو كان العلو لصاحب السفل فقال: بعتك علو هذا السفل بكذا صحّ، ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار، حتى لو انعدم العلو كان له أن يبني عليه علواً آخر بمثل الأول؛ لأن السفل اسم لمبنى مسفل فكان سطح السفل سقفاً للسفل»[٣].

جاء في الحاوي ما مفاده: من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها، ولا يجوز الصلح على الهواء؛ لأنه من توابع الملك، فلم يجز إفراده بالعقد[٤].

وجاء في المحلى: «ولا يحل بيع الهواء أصلاً كمن باع ما على سقفه وجدرانه للبناء على ذلك، فهذا باطل مردود أبداً، لأن الهواء لا يستقر، فيضبط بملك أبداً، إنما هو متموج يمضي منه شيء ويأتي آخر أبداً، فكان بيعه أكل مال بالباطل، لأنه باع ما لا يملك ولا يقدر على إمساكه فهو بيع غرر وبيع مالا يملك، وبيع مجهول.

فإن قيل: إنما بيع المكان لا الهواء، قلنا: ليس هناك مكان أصلاً غير الهواء، فلو كان ما قلتم لكان لم يبع شيئاً أصلاً؛ لأنه عدم فهو أكل مال بالباطل حقاً.

فإن قيل: إنما باع سطح سقفه وجدرانه قلنا: هذا باطل أيضاً، لأنه شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٥]. والله أعلم بالصواب.

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير: (٥/ ٢٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٣/ ٨١).

(٥) المحلى: (٩/ ٦٣٤).

سادساً: المستثنيات من هذه القاعدة:

وقد خرجت عن هذه القاعدة عدة من المسائل الفرعية منها:

١- إخراج الرواشن[١] والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين إذا لم تكن مسندة الأسفل[٢]، فهل يجوز ذلك أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين أيضاً:

القول الأول: يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة، ولا يملك أحد منعه[٣].

وهذا مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، وقول الصاحبين من الحنفية[٦]، وبه قال الأوزاعي وإسحاق من فقهاء الأمصار[٧]، وقال الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه[٨].

واستدلوا بما يأتي:

أ- لأن الأفنية هي الموات الذي كان قابلاً للإحياء، وإنما منع الأحياء فيه لضرورة السلوك وربط الدواب وغير ذلك، ولا ضرورة في الهواء، فيبقى على حاله مباحاً في السكة النافذة[٩].

٢- لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالمشي في الطريق والجلوس فيها.

---

(١) الرواشن جمع روشن: الكوة، انظر: الصحاح للجوهري: (٥/ ٢١٢٤)، والقاموس المحيط: (٤/ ٢٢٨)، وإيضاح المسالك: ص (٣٩١)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٣١).

(٢) انظر: تفصيل المسألة في إيضاح المسالك: ص (٣٩١)، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: ص (٣٥٣)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٣١).

(٣) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩١).

(٤) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩١).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢/ ١٨٣)، والحاوي الكبير: (٦/ ٣٩٤-٣٩٣).

(٦) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: ص (٦٥٧).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣١) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٧٣) .

(٩) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩١)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٣٥٣).

القول الثاني: لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط، وأطرافها خارجة في الطريق.

سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر، ولا يجوز أن يحمل عليها سباطاً(١) بطريق الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق سكة على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا، وسواء أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن.

وهذا مذهب الحنابلة(٢)، قال ابن قدامة: «وقال ابن عقيل: إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام لأنه نائبهم فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ»(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١- لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة(٤) أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله.

وهذا يفارق المرور في الطريق، والجلوس عليها، فإنها جعلت لكل ولا مضرة فيه، والجلوس عليها لا يدوم ولا يمكن التحرز منه، ولا يسلم أنه لا مضرة فيه لأنه يظلم الطريق، ويسد الضوء، وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلو الأرض بمرور الزمان، فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب والشاحنات بالأحمال ويقطع الطريق على الماشي، وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها(٥).

٢- و لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكتاً كما لا يجوز إذا منع

---

(١) السباط: سفينة بين حائطين تحتها ممر نافذ، مغني المحتاج: (٢/ ١٨٢).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣١)، والشرح الكبير: (١٣/ ١٨٣-١٨٢)، والإنصاف: (١٣/ ١٨٣)، وقال: وهو من مفردات المذهب وحكي عن أحمد جوازه بلا ضرر.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣١).

(٤) قال ابن قدامة: ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نعلمه، سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع، سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن. انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٢).

(٥) انظر: المغني: (٧/ ٣٢).

=

منه[١].

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو القول بجواز التصرف في الطريق النافذ بما لا يضر المارة وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأنه القياس في الملكية المشتركة بحيث يجوز فيه التصرف بما لا يضر بصاحبه[٢].

٢-**ومنها**: مسألة إخراج الميزاب، واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: يجوز إخراج الميزاب إلى الطريق الأعظم، كما يجوز إخراجه إلى الدرب النافذ، هذا مذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥].

واستدلوا على هذا القول بما يلي:

١- لأن عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس، وقد نصب ميزاباً إلى الطريق فقلعه فقال العباس: تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال: «والله لا نصبته إلا على ظهري، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه»[٦]. وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به[٧].

٢- ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ولا يمكن رد مائه إلى الدار[٨].

٣- ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه في بلاد الإسلام، ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه، فلا ينكرونه فدل على أنه شرع مستقر، وإجماع منعقد[٩].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٢).

(٢) انظر: المغني (٧/ ٣٢)، وشرح مجلة الأحكام: ص (٤٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٧٣).

(٤) انظر: إيضاح المسالك: ص (٣٩١).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٨٢)، والحاوي الكبير: (٦/ ٣٧٥).

(٦) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ٦٦)، في باب نصب الميزاب وإشراع الجناح، من كتاب الصلح، والحاكم في المستدرك (٣/ ٢٣١)، في باب محاكمة العباس... من كتاب معرفة الصحابة. والإمام أحمد في المسند: (١/ ٢٠١).

(٧) المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٣٧٥)، والمغني: (٧/ ٣٤).

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٣٧٥)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٨٣-١٨٢).

=

٤- ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها[1].

فإن قيل: أليس الإنسان ممنوعاً من وضع سارية في الطريق، وبناء دكة وإن كان ذلك مرفقاً، والعمل به جارياً فكذلك هنا، قيل: السارية والدكة مضرة بالناس لما فيه من تضايق الطريق عليهم[2].

القول الثاني: لا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم، ولا يجوز إخراجها إلى درب نافذ إلا بإذن أهله وهو مذهب الحنابلة[3].

واستدلوا بما يأتي:

١- لأن هذا تصرف في هواء مشترك بينه، وبين غيره، بغير إذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ[4].

٢- ولأنه يضر بالطريق وأهلها، فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن ماءه يقع على المارة، وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق، ويجعل فيها الطين.

والحديث قضية عين، فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ.

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو القول بجواز ذلك لقوة ما استدلوا به، ولأن الحاجة تدعو إليه، والعادة جارية به.

قال ابن قدامة: «ويحتمل أن يجوز ذلك؛ لأن الحاجة داعية إليه، والعادة جارية به، مع ما فيه من الخبر المذكور»[5]. والله أعلم بالصواب.

٣- ومنها: بناء الجسور والكوبري فوق الدور والمباني يجوز ذلك ما لم يضر بالمارين بناء على

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٣٧٥).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: الشرح الكبير: (١٣/ ١٨٧-١٨٦)، والإنصاف: (١٣/ ١٨٦)، وقال في الإنصاف: محل عدم الجواز والضمان في الجناح والساباط والميازيب إذا لم يأذن فيه الإمام أو نائبه، فأما إن أذن أحدهما فيه جاز ذلك إن لم يكن فيه ضرر عند جماهير الأصحاب.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤).

(٥) المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤).

=

القياس المذكور»[1]، ولأن الحاجة إليه داعية في العصـــور المتأخرة لكثافة المباني وأهلها، كما لو كان له داران في جانبي الشـــارع فحفر تحت الطريق سرداباً من إحداهما إلى الأخرى، وأحكم أزجه بحيث يؤمن الانهيار لم يمنع؛ لأنه لا فرق بين أن يرتفق بهذا الطريق أو بما تحته أو بما فوقه من غير ضرر على المارين»[2].

٤- **ومنها**: وضع الأقمار الصناعية، والمحطات الفضائية على الأراضي المملوكة ما لم يضر ذلك بأهلها من الانتفاع بها؛ لأن مصـــلحة الجماعة تتعلق به والقياس يقتضي ذلك. والله أعلم بالصواب.

(١) انظر: المغني: (٧/ ٣١)، وشرح المجلة الأحكام العدلية: ص (٦٥٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٨٣-١٨٢).

المبحث الثالث: قاعدة: من ملك أصلاً ملك ما حدث عنه من النماء

هذه القاعدة من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية المتعلقة بأسباب الملكية وبما تثبت فيه الملكية، وهي بمدلولها تلقى الضوء على التولد من الأصل المملوك، ولها أهمية بالغة لشمولها جميع الفروع الفقهية التي تحتوي على المتولد من المملوك، ويأتي بيان هذه القاعدة على النحو المذيل.

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها، وألفاظها:

هذه القاعدة مما أشارت إليه عبارات الفقهاء المتقدمين، وهي بصيغتها ذكرت في الحاوي الكبير للماوردي[1] حيث ذكر: «فإن شهدوا أنها بنت أمته، وثمرة نخلته... وفي الصوف أنه من غنمه... قضى له بملك الجارية، والثمرة والصوف لأن من ملك أصلاً ملك ما حدث عنه من النماء»، وجاء في المبسوط[2] بصيغة أخصر منها و هي: « المتولد يملك بملك الأصل»،

وكذلك ذكر الكاساني في البدائع[3] ما نصه: «إن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأصلي للبيع والحكم الأصلي للبيع يثبت في الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة، وبيان ذلك أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلافٍ، والدليل على أنه مملوكة بالبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل، ومتى ثبت الملك في الأصل، ثبت في المتبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافاً إلى البيع السابق، فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعاً».

ذكر ابن قدامة في المغنى ما يدل على صيغة أخرى لهذه القاعدة وهي: النماء تابع للملك في الأصل[4] قال ابن قدامة أيضاً: «لأنها شهدت أنه نماء ملكه ونماء ملكه ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه،...»[5].

وذكر الناظم صاحب المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب[6]:

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (١٧/ ٣٦٧).

(٢) انظر المبسوط: (١١/ ٩٥)، وكذلك: (١٧/ ٧٤).

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٥٦).

(٤) المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣١٦).

(٥) المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣١٦).

(٦) المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: ص (٥٢١).

=

«والربح تابع لمال ما عدا غصباً وديعة وتفليساً بدا

وقال الشارح: من الأصول والقواعد:" الربح يتبع المال الأصل، فيكون ملكاً لمن له المال الأصل إلا في ثلاثة مواضع...»[١].

وقد نص على هذه القاعدة أصحاب مجلة الأحكام العدلية فقالوا: «المادة: (١٠٧٤) " الأولاد في الملكية تتبع الملك. فإذا كان لواحد حصان فعلا على فرس أنثى لآخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس الأنثى، كذلك إذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر أنثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الأنثى»[٢].

هذه عبارات الفقهاء -رحمهم الله- وهي تدل على أن هذه القاعدة من القواعد التي استقر عليها العمل منهم، وهي من الأصول المقررة لديهم، وهي بألفاظها وصيغتها المذكورة تتعلق بسبب من أسباب الملكية كما أنها تلقي الضوء على نطاق الملكية ومدى ما يمتد إليه الملك.

وقد أشار ابن رجب -رحمه الله- إلى هذه القاعدة فقال: القاعدة الحادية والثمانون: النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالمفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا[٣].

والصيغة التي ذكرتها هنا أبلغ دلالة لشمولها كل ما حدث من المال الأصل.

ثانياً: المقصود بما حدث عن الأصل من النماء:

المقصود بما حدث عن الأصل من النماء هو المتولد من المملوك، فكل ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل أم بالطبعة والخلقة.

وهذا يدل على مدى ما يمتد إليه الملك في نظرية الملكية عند فقهاء الإسلام فإنه حين يتعلق بالأعيان يمتد إلى منافعها وثمراتها ونتاجها وجميع ما يتولد منها[٤] سواء منها المنقول والعقار، ففي

---

(١) شرح المنهج المنتخب: ص (٥٢١).

(٢) مجلة الأحكام العدلية مع شرح سليم باز: ص (٦٠١).

(٣) القواعد لابن رجب: ص (١٥٠).

(٤) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص (٥٧).

الحيوان يمتد إلى جميع أجزائه، وإلى نتاجه ومنافعه. وفي العقار إلى علوه وسفله ومنافعه كما سبق تقرير ذلك، وإذا كان العقار أرضاً زراعية كان لمالكها ما ينبت فيها من شجر وزرع وما يثمره ذلك الشجر.

ولا يشمل هذا كل ما حوت الأرض من كنوز ومعادن، لأنها ليست جزءاً منها، ولا متولدة عنها، ولها أحكامها وقد سبق ذكر بعضها.

وقد ذكر الحافظ ابن رجب تفصيل النماء على النحو التالي:

النماء ينقسم أولاً إلى قسمين:[1]

الأول: النماء المتصل في الأعيان المملوكة، كما لو اشترى قصيلاً[2] بشرط القطع، فتركه حتى سنبل وا شتد، أو اشترى ثمراً ولم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه وكسمن العبد، وتعلم صناعة.

الثاني: النماء المنفصل، وهو ينقسم إلى نوعين:

الأول: المتولد من عين الذات: كالولد والصوف والطلع واللبن والبيض.[3]

الثاني: المتولد من غيرها والمستحق بسبب العين كالمهر والأرش[4].

أ-حكم النماء في العقود:

والنماء من حيث العقود الواردة عليها واستتباعها للأصل لها حالتان[5]:

الحالة الأولى: أن ترد العقود على الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل، فلا يتبعها النماء، و سواء كان من العين أو غيرها إلا ما كان متولداً من العين في حال اتصاله بها، واستتاره وتعينه فيها بأصل الخلقة فإنه يدخل تبعاً كالولد، واللبن، والبيض، والطلع غير المؤبر، أو كان ملازماً للعين لا يفارقها عادة كالشعر، والصوف؛ فإنها تلحق بالمتصل في استتباع العين. أما المنفصل البائن فلا

(١) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٠، ١٥٦).

(٢) و هو ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب انظر: المعجم الوسيط: ص (٧٤٠).

(٣) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٥).

(٤) انظر: المصدر السابق: ص (١٥٦).

(٥) المصدر السابق: ص (١٥٦).

=

يتبع بغير خلاف إلا في التدبير فإنه في استتباع الأولاد فيه [١].

الحالة الثانية: أن يحدث النماء بعد ورود العقد على العين:

فينقسم العقد إلى نوعين وهما:

الأول: عقود التمليكات المنجزة، فما ورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره، كالبيع والهبة والعتق وعوضه وعوض الخلع وغيرها.

وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة البيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين، ... وما ورد منها على المنفعة المجردة فإن علم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة يتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها إلا الولد[٢].

وإن كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد كالإجارة فلا تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها بغير إشكال[٣].

الثاني: عقود غير التمليكات المنجزة: وهي نوعان:

أحدهما: ما يؤول إلى التمليك، فما كان منه لازماً لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها . وأما ما كان منها غير لازم وهو ما يملك العاقد إبطاله إما بالقول أو تمنع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب إبدال فلا يتبع فيه النماء من غير عينه، وفي استتباع الولد خلاف.

والثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين، فلا يملك بها النماء بغير إشكال، إذ الأصل لا يملك، فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله في ورود العقد عليه، وفي كونه مضموناً أم غير مضمون، فإن كان العقد وردًا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلاً في

---

(١) انظر: المصدر السابق .

(٢) انظر: المصدر السابق ص (١٥٧-١٥٦) .

(٣) انظر: المصدر السابق: ص (١٥٦).

العقد...

هذا ما يتعلق بحكم النماء في العقود...

ب-حكم النماء في الفسوخ:

وفي الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف وأما المتولد من العين ففي تبعيته فيها خلاف لدى الفقهاء يرجع إلى الأصل المختلف فيه وهو أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه؟

ج-حكم النماء في الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ:

الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فإن كانت ملكاً قهرياً فحكمه حكم سائر التملكات، وإن لم تكن ملكاً فإن كانت حقاً لازماً لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاء وسرى حكمه إلى الأولاد دون الأكساب لبقاء ملك مالكه عليه، وإن كان غير لازم بل يمكن إبطاله إما باختيار المالك أو برضا المستحق لم يتبع النماء فيه الأصل بحال.

ثالثاً: النماء من حيث دلالته الوضعية:

أ-معنى النماء في اللغة: معناه في اللغة: من نمى المال يَنْمي -بالكسر- نماءً ونموًا: إذا زاد وارتفع وكثر[1]. يقال: أنميت الشيء، وتنميته: جعلته نامياً، ومنه أطلق على الفلوس من النقود المعدنية نميات لأنها تزيد، وتكثر وتنمو بالاتجار بها[2].

ب-معنى النماء في الفقه الإسلامي:

المراد بها: الزوائد على الأصل سواء كانت متصلة أو منفصلة و كذلك تطلق على اتخاذ الأشياء وسيلة للتجارة والاستثمارات المشروعة حكماً أو تقديراً[3].

وقال القرضاوي: «ومعنى النماء بلغة العصر: أن يكون من شأنه أن يدر على صاحبه ربحاً

---

(١) انظر: المصباح المنير: (٢/ ٦٢٦)، ومختار الصحاح: ص(٦٨١)، والمعجم الوسيط: (٢/ ٩٥٦).

(٢) انظر: لسان العرب: (١٥/ ٣٤١).

(٣) انظر: المبسوط: (٣/ ٢٠)، وبداية المجتهد: (١/ ٢٥١)، وإحكام الأحكام: (٢/ ١٨٢). والمغني: (٥/ ١١٩)، والقواعد النورانية: ص(١٦٥، ١٦٨).

=

وفائدة أي دخلاً أو غلة أو إيراداً أو أن يكون هو نفسه نماء أي: فضلاً وزيادة»[١].

ويتنوع النماء لدى الفقهاء على نوعين أيضًا[٢]:

النوع الأول: نماء حقيقي: وهو الزيادة بالاتجار والاستثمار والتوالد والتناسل، فيكون نماء النقود بأصل الخلقة حاصلاً، ويقبل التقليب في حدود الشريعة الإسلامي.

النوع الثاني: نماء تقديري: وهو التمكن من الزيادة بكون المال في يده أو يد نائبه .

قال صاحب الاختيار[٣]: «والنماء يكون إما بإعداد الله تعالى، كالذهب والفضة فإنه تعالى أعدهما للنماء، حيث خلقهما ثمن الأشياء في الأصل، ولا يحتاج التصرف فيهما والمعاملة بهما إلى التقوم والاستبدال، .... أو يكون معداً بإعداد العبيد وهو إما بالإسامة كرعي الحيوانات في الكلأ، أو نية التجارة، فيتحقق النماء ظاهراً أو غالبا» .

و المقصود بالنماء في القاعدة عام يشمل الزوائد الحقيقية و الحكمية و كذلك الأكساب و الأرباح.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بمختلف صيغها تدل على أن من ملك أصلاً سواء أكان ملكه ملكاً تاماً أو ملكاً ناقصاً فإنه يملك المتولد منه والناتج عنه إذا كان ذلك الأصل مما يكون من شأنه أن يدر على صاحبه ربحاً وفائدة.

وهي تدل على أن الأصل المملوك لابد فيه من توفر شرطين اثنين:

الأول: أن يكون الأصل مما يمكن أن يتولد منه أو يحدث عنه النماء.

الثاني: أن يكون الأصل مملوكاً لصاحب النتاج أو التولد. فيكون الناتج عنه أو المتولد منه نماء ملكه، وأما إذا كان النماء نماء ملك غيره، أو ملك الأصل بعد حصول النماء في ملك صاحب الأصل فإنه لا يعتبر نماء ملكه، وبالتالي لا يثبت الملك له في النماء.

فعلى هذا النماء الحاصل من الشيء المملوك على أربع صور وهي:

---

(١) فقه الزكاة: (١/ ١٣٩).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٧). و فقه الزكاة : (١/ ١٣٩).

(٣) الاختيار: (١/ ١١٢).

الأول: النماء الحاصل بعد زوال ملك صاحب الأصل، فإنه لا يثبت فيه الملك لصاحب الأصل وذلك لزوال ملكه قبل حصول نمائه، ولأنه نماء ملك غيره وليس له أن يملكه.

الثانية: النماء الحاصل قبل زوال ملك صاحب الأصل، فإنه نماء ملكه، ويعتبر مالكاً له.

الثالثة: النماء الحاصل في مدة الخيار، وهو النماء الحاصل قبل ثبوت الملك في الأصل، فهل يكون لصاحب الأصل على أن ملكه لم يزل، أم يكون لصاحب الخيار على أن ملكه ثبت فيه؟

الرابعة: النماء الحاصل قبل ورود العقود أو غيرها على الأعيان، فإنه لصاحب الأصل بغير خلاف(١).

ويأتي تفصيل الكلام على هذه المسائل في الفروع الفقهية إن شاء الله تعالى.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة والأدلة عليها:

سبقت الإشارة إلى أن القاعدة بالصيغة المذكورة ثابتة الأصل وصحيحة المعنى، وهي بموضوعها وفحواها من القواعد والأصول التي استمر عليها العمل عند الفقهاء وهي من القواعد المتفق عليها بالجملة، وتشهد لهذا نُقُول علماء المذاهب الأربعة حول هذه القاعدة(٢).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- لأن ما حدث عنه من النماء يعتبر نماء ملكه، ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه.(٣)

٢- ولأن التولد سبب لثبوت الملك، فيثبت الملك لمن ثبت له المتولد، لأن مالك الأصل هو مالك الفرع.(٤)

٣- ولأن النتاج والولادة نماء ملكه، ونماء ملكه لا يجوز أن يكون لغيره.(٥)

٤- واستندوا إلى قول رسول الله ﷺ: «**من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع في شيء، وعليه نفقته**»(٦).

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (١١/ ٩٥)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٥٦)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٥٢١)، والحاوي الكبير: (١٧/ ٣٦٧)، والمغني: (١٤/ ٣١٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣١٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٧/ ٣٦٧).

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٦/ ١٢٥)، في باب ما جاء في من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، من أبواب الأحكام، =

وجه الدلالة منه: أن رسـول الله ﷺ لم يثبت الملك لمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم بل أثبت الملك لصاحب الأرض وذلك لكونه نماء ملكه، وهذا يدل صراحة على أن نماء الملك يكون لصاحب الأصل.

والقاعدة وإن كانت من القواعد التي اتفق عليها الفقهاء إلا أن هناك فروعاً فقهية اختلف فيها الفقهاء، ويأتي بيان ذلك في الفروع المندرجة تحت القاعدة.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

هذه القاعدة تشمل المسائل المتعلقة بالتولد والنتاج من الأصل المملوك، وهي كثيرة جداً، وهنا أذكر شيئا من الفروع الفقهية على سبيل المثال.

١- من ملك شاة أو قطيعا من الشياه ملك ما يتولد منها [١]

٢- و منها: من ملك دارا أو أرضاً يملك ما حدث فيها من الزوائد و الغلات [٢]

٣-ومنها: لو غصب رجل أرضاً فغرسها، فأثمرت، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهي له[٣]، وإن أدركها والثمرة فيها فقد اختلفوا في حكمها على قولين:

القول الأول: وإن أدركها، والثمرة فيها، فهي للغاصب أيضاً، وهو قول جمهور الفقهاء، من الحنفية[٤]، والمالكية[٥] والشافعية[٦] والمذهب عند الحنابلة[٧] واستدلوا بما يأتي:

١-لأنها ثمرة شجرة، فكانت له كما لو كانت في أرضه[٨].

وابن ماجه في سننه: (٢/ ٨٢٤)، في باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم من كتاب الرهون، والإمام أحمد في المسند: (٣/ ٤٦٥) من حديث رافع بن خديج . صحّحه الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ٣٥١) .

(١) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٦).

(٢) انظر: المصدر السابق .

(٣) انظر: تفصيل المسألة في المغني: (٧/ ٣٧٩)، والحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٥٦).

(٥) انظر: المقدمات والممهدات: (٥/ ١١٧).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧).

(٧) انظر المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٩).

(٨) انظر: المصدر السابق.

=

٢-ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها.

القول الثاني: هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس، هذا قول القاضي من الحنابلة[١] وذلك لأن الإمام أحمد -رحمه الله تعالى- قال: إذا غصب أرضاً فغرسها فالنماء لمالك الأرض. وقال القاضي: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة، وعللوا ذلك بأن الثمرة في معنى الزرع، فكانت لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها كالزرع.

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو القول بأن الثمرة لصاحب الغراس لا لصاحب الأرض، وهذا القول رجحه الإمام ابن قدامة المقدسي -رحمه الله- من الحنابلة بقوله: والأول أصح؛ لأن أحمد قد صرّح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس، وإنما صار إليه للأثر، فيختص الحكم به ولا يعدى إلى غيره[٢]. وهذا الفرق أظهر وذلك لأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين[٣]:

أحدهما: أن الزرع نماء الأرض، فكان لصاحبها، والثمرة نماء الشجر فكان لصاحبه.

الثاني: أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر. والله أعلم وأحكم.

٤- **ومنها**: لو غصب أرضاً فزرعها، فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب بغير خلاف بين الفقهاء، وذلك لأنه نماء ماله، وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص[٤].

و أما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها فهل يملك غاصب الأرض الذي زرعها الزرع أم يملكه صاحب الأرض؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن غاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع، وعليه أن يقلع زرعه ويرد ما نقصت الأرض، فيملك صاحب الأرض إجبار الغاصب على قلعه وهذا مذهب جمهور الفقهاء، منهم

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٩)، والشرح الكبير: (١٥/ ١٤١-١٤٠).

(٢) انظر: المصدر السابق: (٧/ ٣٧٩).

(٣) انظر: المغني: (٧/ ٣٧٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٦).

الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١-ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[4].

وجه الدلالة من الحديث: أنه مال رجل مسلم فكيف يحل لرب الأرض ذلك.

٢-ما رواه هشام بن عروة عن أبيه أن رجلاً غصب أرضاً من رجلين من بني بياضة من الأنصار فغرسها نخلاً عما فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر بقلعه، ولم يجعل لرب الأرض خياراً، ولو استحق خياراً لأعلمه[5] وحكم به.

٣-ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره، فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك يسيره فأولى أن لا يتملك كثيره.

ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن مالم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيرة كالمتاع.

والثاني: أنه عدوان لا تملك بالأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة كاليسير[6].

٤-لأنه زرع في أرض غيره ظلماً، أشبه الغراس والحكم في الزرع كالغرس سواء[7].

٥-ويؤيد هذا عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**ليس لعرق ظالم حق...**»[8]، ومفهوم قوله: أنه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٥٦).

(٢) انظر: المقدمات: (٥/ ١١٧).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩١).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٦٠)، في «باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده»، من كتاب البيوع، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٦٨)، في باب حدثنا ... من كتاب البيوع، وقال: «حديث حسن»، والدارمي في سننه: (٢/ ٢٦٤)، في «باب في أداء الأمانة» من كتاب البيوع، والإمام أحمد في المسند: (٣/ ٤١٤). والحديث صحيح، انظر: إرواء الغليل: (٥/ ٢٧٩).

(٥) انظر: الحاوي: (٧/ ١٦٧).

(٦) الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧).

(٧) انظر المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٧).

(٨) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٨)، في باب إحياء الموات من كتاب الامارة، والترمذي في سننه: (٦/ ١٤٦) =

إذا لم يكن ظالماً فله حق[١]، والغاصب ظالم بلا ريب، وليس له حق فيما غصب.

القول الثاني: إن صاحب الأرض لا يملك إجبار الغاصب على قلعه بل يخير بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها، وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له. وهذا مذهب الحنابلة[٢]، وبه قال أبو عبيد من الفقهاء[٣].

واستدلوا بما يأتي:

١ -ما روى رافع بن خديج ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وعليه نفقته**»[٤].

قال ابن قدامة: فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه، لأنه ملك للمغصوب منه[٥]. وليس للغاصب شيء من الزرع.

واعترض[٦] على هذا الاستدلال بما يأتي:

في باب ما ذكر في إحياء أرض الموات من أبواب الأحكام...، والإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٧٤٣)، والإمام أحمد في المسند: (٥/ ٣٢٧) وكذالك أخرجه البخاري معلقا: (٥/ ١٩-١٨) مع فتح الباري، في باب من أحيا أرضا مواتا، من كتاب الحرث. والحديث صحيح، انظر: إرواء الغليل: (٥/ ٣٥٣).

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٧-٣٧٦)، والشرح الكبير: (١٥/ ١٣٥)، والإنصاف معه.

قال صاحب الإنصاف: وإن أدركها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه هذا هو الصحيح من المذهب... قال الحارثي: تواتر النص عن أحمد أن الزرع للمالك... وهو من مفردات المذهب قال ناظمها:

بالاحترام انظر لزرع الغاصب * وليس كالباني أو كالغاصب

إن شاء رب الأرض ترك الزرع * بأجرة المثل فوجه مرعي

أو ملكه إن شاء بالإنفاق * أو قيمة للزرع بالوفاق

انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٥/ ١٣٦-١٣٥) مع الشرح الكبير.

(٣) انظر: المغني: (٧/ ٣٧٧).

(٤) الحديث سبق تخريجه في: ص(٢٢٥).

(٥) المغني: (٧/ ٣٧٧).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٨).

=

أما قوله: «من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له في الزرع شيء» ففيه جوابان:

أحدهما: أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم.

والثاني: ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء بما بينه بقوله: «**ليس لعرق ظالم حق**»(١).

وأما قوله: «**فله نفقته**» فإنه يحتمل أمرين:

الأول: إنه أراد زرعه، فعبر عن الزرع بالنفقة.

الثاني: أنه أراد وله نفقته في أنه لا يرجع بها(٢).

٢-وا ستدلوا أيضاً بما رواه مجاهد بن جبر: أن رجلاً غصب قوماً أرضاً براحاً فغرس فيها نخلاً، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال لهم عمر: إن شئتم فادفعوا إليه قيمة النخل(٣).

وجه الدلالة من هذا الأثر: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يحكم بإجبار الغاصب على قلع غراسه، بل حكم بدفع قيمة النخل له على أنه لصاحب الأرض.

ورد على هذا الاستدلال بما يأتي(٤):

١-إن قضية عمر رضي الله عنه مرسلة ولا مسندة وذلك لأن مجاهد بن جبر لم يلق عمر.

٢-ثم إنه لا دليل فيها من وجهين:

الأول: أنها قضية في عين إن لم تنقل شرحاً لم تلزم حكماً.

الثاني: إن قوله: إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك وهذا عندنا جائز.

٣-واستدلوا أيضاً بما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً في أرض ظُهَيْر(٥)، فأعجبه فقال: «ما أحسن زرع ظهير! قالوا: إنه ليس لظهير، قال: أليس أرض ظهير؟ قالوا: بلى، ولكنه زرع فلان قال:

---

(١) الحديث سبق تخريجه في: ص(٢٢٨).

(٢) هذه الاحتمالات التي ذكرها الماوردي -رحمه الله- هي وهمية ظنية لا يفيدها ظواهر النصوص ولا فحواها ولا مقتضاها. والله أعلم بالصواب.

(٣) الأثر لم أعثر على من خرجه.

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧).

(٥) ظُهَير: هو ظهير بن رافع بن عدي بن زيد بن جشم ابن حارثة الأنصاري.

انظر: تهذيب التهذيب: (٥/ ٣٧).

=

فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة، قال رافع: فأخذنا زرعنا، ورددنا إليه النفقة»[١].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ جعل الزرع لصاحب الأرض، ولم يحكم به لمن زرعها، ومن زرعها بغير إذن أهلها فهو أ ولى أن يدخل في هذا الحكم.

٤-ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمن فلم يجز إتلافه كما لو غ صب سفينة فحمل فيها ماله، وأدخلها البحر أو غ صب لوحاً فرقع به سفينة فإنه لا يجر على رد المغصوب في اللجة، وينتظر حتى ترسى، صيانة للمال عن التلف[٢].

٥-ولأنه زرع حصل في ملك غيره، فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة. وفارق الشجر والنخل، لأن مدته تتطاول، ولا يعلم متى ينقطع من الأرض، فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلية.

بعد هذا التقرير الوافي في المسألة القول **الذي يظهر لي** -هو القول الثاني-، وهو القول بأن مالك الأرض إن أحب أخذ الزرع فله ذلك، ولم يملك إجبار الغاصب على قلعه، وذلك لوجود نص صريح صحيح في المسألة، ولأن الحديث الذي ا ستدل به أصحاب القول الثاني في الزرع، والحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول في الغرس، فنجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه، وذلك أولى من إبطال أحدهما[٣]، والله اعلم بالصواب.

إذا ثبت هذا فإن أحب صاحب الأرض أخذ الزرع الذي زرعه الغاصب فله ذلك، كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته.

٣-**ومنها**: لو غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف بين الفقهاء[٤]، للأصل الذي بين أيدينا؛ لأنه نماء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نما وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه.

---

(١) الحديث أ خرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٦٩١-٦٩٠)، في باب في التشديد في ذلك من كتاب البيوع والإجارات برقم ٣٩٩٩، والنسائي في سننه في باب النهي عن كراء الأرض من كتاب المزارعة، برقم: (٣٩٢٠)، وصححه الشيخ ناصر الدين الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ٣٥٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٧).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٧٧).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٣٧٩).

٤-**ومنها**: لو ولدت الأمة الموقوفة ولداً فهل يكون ملكاً للموقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وقفاً معها؟ على وجهين عند الحنابلة. والأشهر عندهم: أنه وقف معها[١]، لأنه جزء منها، ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة[٢]، ولأن ولد كل ذات حرم تثبت لها حرمة حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة[٣].

٥-**ومنها**: المكاتب يملك اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من أمته ولا يتبع ولده من أمة لغيره[٤].

٦-**ومنها**: المكاتبة تملك اكتسابها، ويتبعها أولادها بمجرد العقد[٥].

٧-**ومنها**: لو غصب رجل بيضاً فصار فراخاً أو فروخاً كان ملكاً للمغصوب منه لتولده من ملكه، ولو غصب منه شاة فأنزا عليها فحله، فوضعت سخلاً كان ملكاً للمغصوب منه؛ لأن الولد تبع للأم في الملك. ولو غصب منه فحلاً، فأنزاه على شاة له، فوضعت سخلاً كان للغاصب، لأنه مالك للأم، ولا شيء للمغصوب منه في نزو فحله، لأنه غصب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنه وقيمته، فيرجع على الغاصب بقدر نقصه.[٦]

٨-**ومنها**: اللقطة إذا جاء مالكها وقد نمت نماء منفصلاً فهل يسترده معها على أنه من نمائها أم لا؟ والصحيح أنه يسترده معها[٧]، قال ابن قدامة: جملة ذلك أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط، إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنها نماء ملكه[٨].

ثم ذكر وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها؛ لأنها تتبع في الرد بالعيب

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ٢٢٧)، والقواعد لابن رجب: ص (٢٨).

(٢) انظر: القواعد لابن رجب: ص (٢٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٢٧).

(٤) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٦).

(٥) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٥٦).

(٦) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٦٢).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٩٤).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٣).

=

والإقالة فتبعت ههنا،

٩- **و منها**: اللقطة لو زيدت فيها زيادة منفصلة بعد الحول ، فهل يرجع صاحب المال بالأصل دون النماء المنفصل، ويكون ذلك للملتقط بناء على الأصل أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين :

القول الأول: أنه للملتقط، وليس لصاحب المال منه شيء، وهذا قول جمهور الفقهاء[١] بناء على الأصل المذكور واستدلوا بما يأتي:

١-لأنه نماء ملكه متميز، لا يتبع في الفسوخ، فكان له، كنماء المبيع إذا ردّ بعيب[٢].

٢-وذلك لأن الأصل أن الزيادة لمن حدثت في ملكه[٣] ومعلوم أن الملتقط ملكها بمضي حول التعريف[٤].

القول الثاني: إن جاء صاحبها، فوجدها زائدة أخذها بزيادتها ولو منفصلة وهو وجه عند الحنابلة ذكره أبو الخطاب منهم[٥]، بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة، والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته[٦].

وذكر ابن رجب من فقهاء الحنابلة: " ويحتمل الرجوع هنا بالزيادة المنفصلة وجهاً واحداً، لأن تملكها إنما كان مستنداً إلى فقد ربها في الظاهر وقد تبين خلافه، فانفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده، ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً ". وهذا له أصل من كلام الإمام أحمد -رحمه الله- حيث قال في طيرة فرخت عند قوم أنهم يردون فراخها[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٥٦)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٥) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٤)، وهو الوجه المشهور ، وعليه المذهب لدى الحنابلة.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٤)، والقواعد لابن رجب: ص (١٦٢).

(٣) انظر: المغني: (٨/ ٣١٤)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٥).

(٤) انظر: المغني: (٨/ ٣١٣).

(٥) انظر: المغني: (٨/ ٣١٤) .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٤)، وخرج هذا الوجه القاضي وابن عقيل أيضاً . انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٦٢).

(٧) انظر: القواعد لابن رجب: ص (١٦٢).

الذي يظهر لي هو القول الأول، وهو القول بأن الزيادة لمن حدثت في ملكه وما ذكره أبو الخطاب -رحمه الله- من مسألة المفلس والهبة فإنه يوجد فرق بينهما وبين مسألتنا، إذا الملتقط في مسألتنا يضمن له النقص، فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان، بخلاف مسألة الهبة والتفليس، ثَم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له.

وما ذكره ابن رجب بأنه انفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده لا يسلم، لأنها دخلت في ملكه بعد الحول ثم ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال ويترتب عليه ضمانها، فإذا انفسخ ذلك فلا يثبت في ذمته. والله أعلم بالصواب .

١٠-**ومنها**: لو استرجع الأب ما وهبه لولده إذا كان قد نما نماء منفصلاً فإنه يسترجع بزيادة ما وهبه، لأنه نماء ملكه[١].

١١-**ومنها**: لو ولدت الموصى بمنافعها، فعلى القول: إن الولد كسب فعله لصاحب المنفعة، وعلى القول إنه جزء ففيه وجهان عند الحنابلة: أحدهما: أنه بمنزلتها، والثاني: أنه للورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع[٢].

١٢-**ومنها**: لو فسخ المالك المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل بخلاف ما لو فسخ قبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً، وذلك لأن الثمر متولد من عين الشجر، وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثيراً في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ، بخلاف الربح، فإنه لا يتولد من المال بنفسه، وإنما يتولد من العمل، ولم يحصل بعمله ربح[٣].

١٣-**ومنها**: لو كاتب أمته كتابة فاسدة، فولدت في مدة هذه الكتابة فهل يملكها صاحبها أم لا؟ قولان في المسألة للفقهاء، فعلى القول أن الولد جزء منها، فإنه يتبعها أي أمه ولا يثبت الملك لصاحبها.

وعلى القول: أنه كسب فإنه يملكه صاحبها بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة[٤]،

---

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب: ص (٢٨).

(٣) انظر: القواعد لابن رجب: ص (٢٨).

(٤) انظر: المصدر السابق.

والله أعلم بالصواب.

١٤-**ومنها:** لو فسخ البائع بيعه لإفلاس المشتري بالثمن، وقد زاد في البيع زيادة متصلة أو منفصلة فهل يسترده البائع مع زيادته على أنه نماء ملكه فيملكه أم لا؟ ويأتي تفصيل المسألة على البيان المذيل:

أولاً: لو زاد المبيع زيادة متصلة تؤثر على الثمن كالسمن، والكبر، وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو كبر شجرة فهل للبائع أن يملك هذه الزيادة ثم يستردها من المشتري أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الزيادة تمنع الرجوع، وبناء على ذلك لا يستحق البائع استرداد المبيع من المشتري بزيادته المتصلة ولا يملك هذه الزيادة على أنها من نماء ملكه. وهذا مذهب الحنفية في الأصل[1]، والرواية الراجحة عند الحنابلة اختارها أبو القاسم الخرقي[2] وقدمها ابن قدامة[3]، والأصل عند الحنفية في المسألة: أنه من أفلس أي حكم الحاكم بتفليسه[4] وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه، فصاحب المتاع أسوة الغرماء أي أنه لا يكون أحق به من سائر الغرماء، فإن أفلس قبل قبض المتاع أو بعد القبض بغير إذن بائعه كان له استرداده، وحبسه بالثمن في حالة ما قبل القبض وبهذا القول قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي[5].

وبناء على هذا الأصل فإن الزيادة عندهم للمشتري، وليس للبائع منها شيء، ولا يملكها بناء على أنها من نماء ملكه وهو الأصل الذي بين أيدينا

واستدلوا على هذا القول بما يأتي:

---

(١) انظر: اللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٩)، وحاشية رد المحتار: (٦/ ١٥٢)، وتكملة الفتح والعناية: (٧/ ٣٣٠)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٠١) وما بعدها .

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٥٤٩)، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٥).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ٥٤٩).

(٤) انظر: حاشية رد المختار: (٦/ ١٥٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٦/ ٢٦٦).

=

١-ما رواه الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي ﷺ[١]، أو عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**أيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئًا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء**»[٢].

وقد رد على الاستدلال بهذا الحديث بما يأتي:

أ-قال الخطابي[٣] : " وهذا الحديث مسنداً من هذا الطريق يضعفه أهل النقل في رجلين من رواته، رواه مالك مرسلاً، فدل أنه لا يثبت مسنداً، ولو صح لكان متأولاً على أن البائع مات موسراً بدليل قوله: «**وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء**»[٤].

ب-ذكر الماوردي[٥]: والخبر مرسل لا يقوم الاحتجاج به، وقد تفرد قتادة بنقله وغلط فيه، والمشهور ما روينا من طرق مختلفة، ولو صح لكان محمولاً على وجهين:

الأول: أن يكون حين مات موسراً.

الثاني: أن يرضى البائع أن يكون أسوة الغرماء على أن أبا حامد كان يقول: إن الغرماء ضربان: منهم من يرجع بعين ماله، ومنهم من لا عين له فيضرب بدينه في ملكه فلم يكن حمله على أحد الفريقين بأولى من حمله على الفريق الآخر.

٢-ولأن للبائع حبس المبيع على ثمنه كما أن للمرتهن حبس الرهن على حقه، فلما كان المرتهن لو رد الرهن على راهنه لم يكن له الرجوع إليه عند تعذر حقه وجب إذا سلم البائع المبيع إلى مشتريه أن لا يكون له الرجوع إليه عند تعذر ثمنه.

---

(١) هذه الرواية المرسلة أخرجها أبو داود في سننه: (٣/ ٧٩٧)، من كتاب البيوع، برقم (٣٥٢٠)، والإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٨٣)، وعبد الرزاق في المصنف: (٨/ ٢٦٤)، برقم (١٥١٥).

(٢) هذه الرواية المسندة أخرجها أبو داود في سننه: (٣/ ٧٩٣-٧٩٢)، من كتاب البيوع، برقم (٣٥٢٢) والبيهقي في السنن: (٦/ ٧٤). صححه الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ٢٧٠-٢٦٩).

(٣) هو الإمام حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب أبو سليمان الخطابي البستي الفقيه الأديب العالم المحقق، وله معالم السنن وغريب السنن وغريب الحديث وإصلاح غلط المحدثين، توفي سنة ٣٨٨هـ. انظر: العبر (٢/ ١٧٤)، وشذرات الذهب: ص(٣/ ١٢٨-١٢٧).

(٤) هذه الرواية أخرجها أبو داود: (٣/ ٧٩٢)، برقم (٣٥٢٠) من كتاب البيوع .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٦٢٩).

وتحديد ذلك قياساً أنه محبوس لاستيفاء الحق منه فوجب أن يكون رفع اليد عنه مسقطاً لحق الاستيفاء منه كالرهن، ولأن البائع قد وجب له بعقد البيع حقان:

أحدهما: ثبوت الثمن في الذمة .

والثاني: حبس المبيع على قبض ثمنه ثم ثبت أنه لو أسقط حقه من الثمن الذي في الذمة بالإبراء لم يعد إليه لحدوث الفلس وجب إذا أسقط حقه من حبس المبيع بالتسليم أن لا يعود إليه لحدوث الفلس(١)

ورد على هذا الاستدلال بأن القياس على الرهن لا يسلم بأن الرهن لما كان عقداً بطل بفسخه، فلم يعد إلى الرهن إلا باستيثاقه وحق الحبس هاهنا كان لاستيفاء الثمن، وهذا المعنى باق بعد رفع يديه فجاز أن يعود كبقاء الحق إلى آخذه.

وأما القياس على الإبراء فكذلك، فإن الإبراء من الثمن لما أسقط الحق لم يكن له الرجوع فيه، ورفع يده عن المبيع لما لم يسقط الحق جاز له الرجوع فيه.

٣-لأنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالإعسار، أو الرضاع(٢).

٤-ولأنها زيادة في ملك المفلس، فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصلة بفعله(٣).

٥-ولأن النماء لم يصل إليه من البائع، فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله(٤). ولقد استدل فقهاء النابلة بهذه الأدلة على أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في المبيع (٥):

القول الثاني: أنها لا تمنع الرجوع في عين المبيع، وبناء على ذلك فإن البائع يملك ما حدث من النماء

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٨٩)، واللباب: (٢/ ١٩)، والحاوي الكبير: (٦/ ٢٦٧).

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٥٤٩)، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٦).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ٤٥٩)، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٦) .

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٣/ ٢٧٦) .

(٥) انظر: تفصيل المسألة لديهم في المغني: (٦/ ٥٤٩)، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٥).

=

بزيادة متصلة لدى المشتري، وهذا مذهب الشافعية[١]، ورواية عن الإمام أحمد رواها الميموني[٢][٣]
واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به**»[٤] والحديث يدل صراحة على أن البائع أحق بعين متاعه ولم يفرق بين ما زاد زيادة متصلة ولا منفصلة.

ويرد على هذا الاستدلال بأنه لم يدرك متاعه بعينه، وإنما أدرك متاعه بزيادة متصلة قد أثرت فيه، فالنص لا ينطبق على ما ذكر.

٢-ولأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة، فلا تمنع المتصلة كالرد بالعيب[٥].

رد على هذا الاستدلال بأن القياس على الرد بالعيب قياس مع الفارق من وجهين:

أحدهما: أن الفسخ فيه من المشتري، فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف هذه المسألة.

والثاني: أن الفسخ ثَم لمعنى قارن العقد، وهو العيب القديم، والفسخ هاهنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة[٦].

٣-ولأن الزيادة المتصلة من حكمها أن تتبع الملك لا المالك، لأنها لا تنفصل عن العين المملوكة[٧].

القول الثالث: أنه يخير الغرماء بين أن يعطوا صاحب السلعة سلعته أو ثمنها الذي باعها به، وأن

---

(١) انظر: المهذب: (١/ ٣٢٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٥٧)، والحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩).

(٢) هوعبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني الرقِّي أبو الحسن، توفي سنة ٢٧٤هـ. انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٢١٢-٢١٦) وسير أعلام النبلاء (١٣/ ٨٩).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٥٦-١٥٥)، في باب إذا وجد ماله عند مفلس من كتاب الاستقراض، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٩٣)، في باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس من كتاب المساقاة.

(٥) انظر: المغني: (٦/ ٥٤٩).

(٦) انظر المصدر السابق.

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩).

=

الزيادة لا تمنع الرجوع في المبيع، وهذا مذهب مالك[1].

واستدلوا بالخبر المتقدم.

الذي يظهر لي بعد هذا البيان هو القول بأن الزيادة التي تؤثر في المبيع وإن كانت متصلة فإنها تمنع الرجوع في المبيع، وليس للبائع أن يرجع بعين ماله من المشتري وذلك لما يأتي:

أ- لأن البائع لم يدرك عين ماله، وإنما أدرك ماله بزيادة متصلة ونماء زائد وقد حدث ذلك في ملك المشتري وكان ضامناً له، فالخراج بالضمان.

ب- البائع إنما يستحق الثمن وهو الدين الذي كان في ذمة المشتري فكان ذلك كسائر الديون. والله أعلم بالصواب.

ثانياً: لو زاد المبيع زيادة منفصلة كالولد، والثمرة والكسب فهل تمنع هذه الزيادة الرجوع في المبيع، وبالتالي لا يتملك البائع الزيادة أم لا تمنع الرجوع في المبيع ثم يتملك البائع الزيادة على أنه نماء ملكه؟ [2]

اختلفوا في الزيادة، فهل يتملكها البائع أو المشتري المفلس؟ على قولين:

القول الأول: أن الزيادة يتملكها المشتري المفلس، وهو مذهب الشافعية[3]، وبه قال ابن حامد[4] والقاضي من الحنابلة، وهو ظاهر كلام الخرقي منهم، وقال ابن قدامة وهو الصحيح إن شاء الله

(١) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٨٣)، والشرح الصغير: (٣/ ٣٧٣)، والشرح الكبير: (٣/ ٢٨٢)، والقوانين الفقهية: ص(٣١٩).

(٢) انظر: تفصيل المسألة في الدر المختار: (٥/ ١٠٦)، وفتح القدير مع العناية: (٧/ ٣٣٠)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٠١)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٨٣)، والشرح الكبير: (٣/ ٢٨٢)، والشرح الصغير: (٣/ ٣٧٣)، والقوانين الفقهية: ص (٣١٩)، والمهذب: (١/ ٣٢٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٦١)، وا لحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥٠) وما بعدها، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٧) والإنصاف معه، وكشاف القناع: (٣/ ٤١٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٦١) .

(٤) هو أبو عبد الله الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي الوراق، تفقه به القاضي أبو يعلى وأخذ الفقه عن أبي بكر عبد العزيز غلام الخلال، توفي شهيدا سنة ٤٠٣هـ. انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٧٧-١٧١) و شذرات الذهب (٣/ ١٦٦-١٦٧) والمنهج الأحمد (٢/ ٨٢).

=

تعالى[١].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له، كما لو رده بعيب، فإن رد الأصل بالعيب لا يوجب ردّ زيادته المنفصلة[٢] .

٢-لأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة[٣] .

٣-لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع لسبب استحق به فيقتصر عليه وليس له الرجوع في غيره[٤] .

٤-لأن الزيادة من حكمها أن تتبع الملك دون المالك، وذلك لأنه نماء الملك فإن الأصل: **من ملك شيئاً ملك ما حدث منه من النماء**[٥] .

٥-ويستأنس لهذا القول بقوله عليه الصلاة والسلام : «**الخراج بالضمان**»[٦] فإنه يدل على أن النماء والغلة للمشتري سواء أفلس أو لم يفلس لكون الضمان عليه[٧] .

القول الثاني: إن الزيادة يمتلكها البائع، وله أن يرجع بالأصل مع زيادته المنفصلة، وهو مذهب المالكية[٨]، والحنابلة وهو اختيار أبي بكر منهم[٩] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة، ويتحرر هذا التعليل بقياس الزيادة المنفصلة على الزيادة

---

(١) انظر: المغني: (٦/ ٥٥٠)، والشرح الكبير: (١٣/ ٢٧٧)، والإنصاف: (١٣/ ٢٨٢)، وكشف القناع: (٣/ ٤١٨) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩)، والمغني: (٦/ ٥٥٠).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ٥٥١).

(٤) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٦١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص(٣٦).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥١) .

(٨) انظر: الشرح الكبير: (٣/ ٢٨٣)، وبداية المجتهد: (٢/ ٣٤٨).

(٩) انظر: الإنصاف: (١٣/ ٢٨٢).

=

المتصلة، فكما أن الزيادة المتصلة تكون للبائع فكذلك الزيادة المنفصلة[١].

ويرد على هذا التعليل بأن الزيادة المتصلة مختلف فيها، فالقياس هنا غيرمسلم، حيث دللنا على أنها للمشتري المفلس وفي ذلك تنبيه من باب أولى على كون المنفصلة له.

ثم لو سلم جدلاً فالفرق ظاهر، فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة[٢].

٢-ولأن الزيادة نماء ملك البائع، فله أن يرجع فيه.

ويقال في هذا التعليل بأنه زال ملكه بعد قبض المشتري، فصار المبيع ملكاً له، وله ما حدث عنه من النماء، وأما رجوع البائع في المبيع فإنه بسبب استحق به وهو إفلاس المشتري، وهذا السبب لا يتعدى إلى الزيادة.

الذي يظهر لي بعد هذا البيان. وهو القول بأن الزيادة المنفصلة للمشتري لا للبائع، وذلك للأصل الذي بين أيدينا، ولأنه ظاهر في الأمر، ولهذا قال ابن قدامة: ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره[٣].

١٥- **ومنها**:مسألة الصداق إذا زادت فيه زيادة متصلة غير متميزة منع الزوج إذا طلق قبل الدخول أن يرجع بنصف الصداق زائداً، ورجع بنصف القيمة لحدوث الزيادة المتصلة على ملك الزوجة و تملك الزوجة زيادة صداقه ؟[٤]

١٦- **و منها**: لو اشترى أمة حاملاً فولدت أو حائلاً فحملت ثم أفلس فما الحكم؟

هذه المسألة لا تخلو من أربعة أحوال:

الحال الأول: أن تكون حاملاً وقت العقد ووقت الفلس بأن اشترى حاملاً[٥] ثم أفلس وهي حامل

(١) انظر: المغني: (٦/ ٥٥٠).

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٥٥١) .

(٣) المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥١) .

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٧٩)، والمغني: (٦/ ٥٤٩) .

(٥) حاملاً من زوجها .

فللبائع أن يرجع بها حاملاً[١] وهذا إذا كان الحمل الذي كان معها وقت البيع[٢]، إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره، وكثرت قيمتها من أجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما سبق تفصيله.

وأما إذا كان الحمل الذي معها وقت الفلس غير الحمل الذي كان معها وقت العقد فعلى القول أن الحمل يكون تبعاً كان للبائع أن يرجع بها حاملاً، ولا حق له في الولد الذي كانت به وقت البيع حاملاً، وعلى القول أن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن، فللبائع أن يرجع بها دون حملها الذي هو وقت الفلس معها، ويرجع بالولد الذي وضعته، وكانت حاملاً به وقت بيعها[٣].

الحال الثاني: أن تكون حائلاً وقت البيع، وحاملاً وقت الفلس، وكان حملها ووضعها ما بين البيع والفلس فللبائع أن يرجع بها دون حملها على القولين معاً[٤]، لأنه لم يأخذ من الثمن قسطاً، ولا كان في الحالين تبعا، فإذا رجع البائع بالأمة لم يجز أن يفرق بينها وبين ولدها لنهي النبي ﷺ عنه[٥].

الحال الثالث: أن تكون حاملاً وقت البيع، حائلاً وقت الفلس، فعلى القول إن الحمل يكون تبعاً رجع بالأم دون ولدها، لأنه بعد الانفصال لا يكون تبعاً، وعلى القول: إن الحمل يأخذ من الثمن قسطاً لم يخل حال الولد من أحد أمرين: إما أن يكون باقياً أو تالفاً، فإن كان الولد باقياً رجع البائع بالأم مع ولدها، وإن كان تالفاً رجع بالأم وضرب مع الغرماء بها قابل الولد حملاً في بطن أمه حين أقبض، لأنه بعد الولادة أكثر ثمناً، وكثرة ثمنه حادثة في ملك المشتري فلم يجز أن يقوم في حق البائع، فتقوم الأم حاملاً وحائلاً وقت القبض، وحائلاً وينظر ما بينهما فهو الذي

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٢٨٥)، والمغني: (٦/ ٥٥١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٢٨٥).

(٣) انظر: الحاوي: (٦/ ٢٨٥)، ويتصور مثل هذه الصورة في الحيوانات بأكثر.

(٤) على القول: إن الحمل تبع وعلى القول إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن وهو كجزء من الأجزاء.

(٥) الحديث أخرجه الترمذي في سننه (٥/ ٢٨٣)، في باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين...من أبواب البيوع، و في (٧/ ٦١) باب في كراهية التفريق بين السبي، من أبواب السير، و الدارمي في سننه (٢/ ٢٢٨) و الإمام أحمد في المسند (٥/ ٤١٤،٤١٣) قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، انظر: تحفة الأحوذي (٤/ ٤٢٠).

يقابل ثمن الحمل، فإن كان العشر ضرب مع الغرماء بعشر الثمن، وإن كان الخمس ضرب بخمس الثمن.

الحال الرابع: أن تكون حائلاً وقت البيع، حاملاً وقت الفلس، فعلى القول: إن الحمل يكون تبعاً رجع البائع بالأم حاملاً ولا حق للمشتري في حملها. وعلى القول: إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن كان له الرجوع بالأم دون الحمل، وكان الحمل للمشتري المفلس، ولا يلزم تسليمها إليه حاملاً لحق المفلس في الحمل، ولا يلزم إقرارها في يد المفلس أو غرمائه لحق البائع في الأم، ولا يجوز أن يؤخذ من البائع قيمة الحمل؛ لأن الحمل لا تصح المعاوضة عليه دون أمه[1]، وتوضع الأمة الحامل على يد عدل يتفقان عليه، فإن اختلفا اختار الحاكم لهما عدلاً، ونفقتها على البائع مالك الأم دون المفلس مالك الحمل سواء قيل: إن نفقة الحامل تجب لها أو لحملها[2]، لأنها نفقة تجب بحق الملك فاختصت بالملك الظاهر المتحقق[3]. وأما إن كان الحمل في غير الآدمية في المسائل المذكورة جاز التفريق بينهما[4].

١٧- **ومنها**: المبيع في مدة الخيار إذا نما فيه نماء ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع أم لا؟[5] يأتي تفصيل المسألة على النحو التالي:

أولاً: المبيع في مدة الخيار إذا نماء نماء متصلاً فهو تابع للمبيع أمضيا العقد أو فسخاه كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة[6].

ثانياً: المبيع إذا نما فيه نماء منفصلاً في مدة الخيار هل يرجع البائع به أم لا؟

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٥). والمغني: (٦/ ٢٩٩)، (٨/ ٢٤٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥٢).

(٣) انظر: تفصيل هذه المسائل في الحاوي الكبير: (٦/ ٢٨٥ - ٢٨٦) والمغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥٢)، وكشاف القناع: (٣/ ٤١٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٥٢).

(٥) انظر: المسألة في القواعد لابن رجب: ص(١٦١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٦٨)، ورد المختار: (٤/ ٦٨)، والشرح الكبير للدردير: (٣/ ٢٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٨)، والمهذب: (١/ ٢٦٣)، والمغني: (٦/ ٢٣)، وغاية المنتهى: (٢/ ٣٣).

=

اختلفوا في المسالة على قولين:

القول الأول: ما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه. هذا قول للشافعية بناء على أن الملك للمشتري أو موقوف إن أمضيا العقد[1]، وهو المذهب عند الحنابلة[2].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١-قول النبي ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[3] وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له[4].

٢-ولأن الملك ينتقل إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد، فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار له[5]، فيجب أن يكون نماؤه له كما بعد انقضاء الخيار.

٣-ولأنه بيع صحيح وهو يفيد التمليك بدليل قوله: ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع[6].

القول الثاني: إن ما يحصل من المبيع من نمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للبائع إذا حصل الفسخ، وهذا قول الحنفية إذا كان الخيار للمتعاقدين أو للبائع[7]، ومذهب المالكية[8]، وقول للشافعي[9]، ورواية عن الإمام أحمد[10]. قال الشافعي: إن أمضيا العقد، وقلنا: الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصلة له، وإن قلنا: الملك للبائع فالنماء له وإن فسخا العقد، وقلنا: الملك للبائع أو موقوف فالنماء

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٦١-٦٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢١٤) وما بعدها .

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٢٢)، والإنصاف: (١١/ ٣٠٨)، وغاية المنتهى: (٢/ ٣٢)، والقواعد لابن رجب: ص (١٦١).

(٣) سبق تخرجه في صفحة (٣٦).

(٤) انظر: المغني: (٦/ ٢٢٩) .

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) انظر: المغني: (٦/ ٢١).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٥٧)، واللباب شرح الكتاب: (١/ ٢٠٢)، وشرح فتح القدير: ص(٢٨٤) وما بعدها، وشرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ١٥٨).

(٨) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: (٣/ ١٠٣)، والقوانين الفقهية: ص(٢٧٣).

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٦١)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢١٤) وما بعدها، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢١-٢٠)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: (١١/ ٣٠٨).

=

له وإلا فهو للمشتري[١]، واستدلوا بما يلي:

١-لأن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار فثبت أن النماء للبائع، لأنه نماء ملكه[٢].

٢-لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض[٣] .

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو القول بأن غلات المبيع في مدة الخيار تكون للمشتري وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، ولأن قوله ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[٤] بمثابة القاعدة في هذه المسائل، فلما كان المبيع هنا من ضمان المشتري وجب أن يكون خراجه له، ولأن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه[٥]. والله أعلم بالصواب.

١٨-**ومنها:** من وجد عين ماله الذي استولى الكفار عليه من المغنم قبل القسمة وقد نما فيه نماء منفصلاً فعلى القول: إن الكفار لم يملكوها لاستيلاء فهو له بنمائه. وعلى القول: أنهم ملكوه فإنه يرجع فيه، وهل يرجع بنمائه أم لا؟ اختلف على قولين بناء على بائع المفلس، لأن حقوق الغانمين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأمواله[٦].

١٩-**ومنها:** مسألة المرهون إذا زاد فيه زيادة ونما فيه نماء يملك الراهن الزيادة نماء الرهن وهو الزائد الذي يتولد من المرهون يكون ملكاً للراهن بلا خلاف بين الفقهاء[٧].

٢٠-**ومنها:** نماء العارية: فإنه يكون لصاحب العارية، ولا يرد عقد الإعارة على نمائها فليس للمستعير الانتفاع به[٨].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٧-٤٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٨)، والمغني: (٦/ ٢٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٠).

(٤) سبق تخريجه في ص (٣٦).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٢).

(٦) انظر: تفصيل المسألة في القواعد لابن رجب: ص (١٦٤).

(٧) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٣٩٣)، واللباب في شرح الكتاب: (٢/ ١٠)، وبداية المجتهد: (٢/ ٣٣٣)، وشرح منح الجليل: (٥/ ٤٥٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٢٠٨)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٥١٤-٥١٣)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: (١٢/ ٤٣١).

(٨) انظر: تفصيل المسألة في القواعد لابن رجب (ص١٦٠).

٢١-ومنها: مسألة الإقالة، فالنماء الحاصل قبلها يكون للمشتري أم للبائع يرده مع أصله؟ فعلى القول بأن الإقالة فسخ يكون النماء للمشتري(١).

هذه بعض المسائل الفرعية تندرج تحت هذه القاعدة وهناك مسائل أخرى يمكن تخريجها على هذه الأصول. والله أعلم.

خامساً: المستثنيات من القاعدة:

ذكر صاحب شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب(٢)، ثلاث مسائل من مستثنيات هذه القاعدة وهي:

الأولى: الغاصب إذا اتجر في المال المغصوب فلمن يكون الربح؟

صورة المسألة: إذا اغتصب أثماناً فاتجر بها، أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فهل يكون الربح للغاصب أم لا؟ اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: الغاصب إذا اتجر في المال المغصوب فالربح له، والمال الأصل للمغصوب منه. وهذا مذهب الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، وهو أحد قولي الشافعي(٥)، واحتمال للحنابلة ذكره أبو الخطاب إذا اشتراه في ذمته ثم نقدت الأثمان(٦). وهذا قياس قول الخرقي -رحمه الله- أيضاً(٧).

لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب(٨).

القول الثاني: يكون الربح للمغصوب منه كما أن المال الأصل يكون له، وهذا هو القول القديم

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب: (ص١٦١)، والمغني: (٦/ ٢٠١-٢٠٠).

(٢) انظر: ص (٥٢١).

(٣) انظر: اللباب في شرح الكتاب: (٢/ ١٠٩-١٠٨).

(٤) انظر: المقدمات الممهدات: (٢/ ٤٩٨)، والتفريع: (٢/ ٢٧٨).

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ١٥١)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٣-٢٩٢).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٠٠-٣٩٩).

(٧) انظر: المصدر السابق.

(٨) انظر: المصدر السابق.

=

للشافعي رحمه الله[١]، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة إذا اشتراه في ذمته.[٢] وأما إذا كان الشراء بعين المال فالربح للمالك[٣].

لأنه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى له بعين المال[٤]، والله أعلم بالصواب.

الثانية: المودع إذا اتجر في الوديعة فإن الربح له دون رب الوديعة[٥].

الثالثة: المفلس يوقف ماله فيتجر فيه، فالربح له، والمال للغرماء، وهذا على القول بأن ضمانه إذا تلف منهم لا من المفلس، وأما على القول: أن الضمان من المفلس فهي باقية على قاعدة اتباع الربح للمال[٦].

٤- وكذلك من المسائل المستثناة من هذا الأصل مسألة الكلأ الذي ينبت في الأرض من غير صنع مالكها، فإنه يكون مباحاً و كذلك الماء الذي ينبع منها، وذلك لعموم قوله ﷺ: «**الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار**»[٧].

٥- و منها: من غصب أرضاً، فغرسها، فغاصب الأرض الذي غرسها يملك غرسها و لا يملكه صاحب الأرض و له أن يطالب من الغاصب قلع غراسه أو بنائه و هذا بغير خلاف بين الفقهاء[٨]،

١- وذلك لما روى سعيد بن زيد بن عمر بن نفيل أن النبي ﷺ قال: «**ليس لعرق ظالم حق**»[٩].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ١٥١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩٩-٤٠٠)

(٣) ذكر هذا الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب. انظر: المغني: (٧/ ٣٩٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٠٠).

(٥) انظر: لباب اللباب: ص (٢٠٨)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٥٢١)، والمدونة: (٤/ ٣٥٨).

(٦) انظر: التفريع: (٢/ ٢٥٢)، والكافي: (٢/ ٨٢٨)، وشرح الخرشي: (٥/ ٢٧٥)، المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١).

(٧) الحديث سبق تخريجه في (   ).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٦٧)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٣٦٥).

(٩) الحديث أخرجه البخاري معلقاً في باب من أحيا أرضاً مواتاً من كتاب الحرث. انظر: صحيح البخاري مع الفتح: (٥/ ١٨-١٩)، و كذلك أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٨)، في باب في إحياء الموات من كتاب الإمارة، والترمذي في سننه: (٦/ ١٤٦) في باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات من أبواب الأحكام، وقال: هذا حديث حسن، والإمام =

٢- وروىٰ أبو داود في السنن، وأبو عبيد في غريب الحديث أنه قال: فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة [1] فاختصما إلىٰ النبي ﷺ، فقضىٰ للرجل بأرضه، وقضىٰ للآخر أن ينزع نخله. قال: فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفئوس وإنها لنخل عُمٌّ [2].

٢-ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه، بغير إذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً [3].

مالك في الموطأ: (٢/ ٧٤٣)، والإمام أحمد في المسند: (٥/ ٣٢٧). والحديث صحيح، انظر: إرواء الغليل: (٥/ ٣٥٣) .

(١) انظر: بني بياضة : هم بنو بياضة بن عامر بن رزيق من بني حارثة من الخزرج.انظر: أنساب الأشراف: (١/ ١٠٥).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٨)، في باب إحياء الموات من كتاب الإمارة، وأبو عبيد في غريب الحديث: (١/ ٢٩٦). وكذالك في كتاب الأموال: ص(٣٦٤)، والحديث حسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٣٥٥).

وعم: أي طوال، واحدها: عميم، ورجل عميم إذا كان تامّ الخلق، والعميم: الا ستواء والكمال. انظر: غريب الحديث: (١/ ٢٩٦) وكتاب الأموال ص (٣٦٤) بتحقيق خليل العراس.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٦٦).

المبحث الرابع: قاعدة من ملك شيئاً ملك بدله

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بمحل الملك، وهي تهدف إلى إثبات الملكية في الأبدال عند ثبوتها في الأصول، وهي بمدلولها توحي إلى بيان كيفية إثبات الملك في الأشياء التي تسد مسد الأصول، ويأتي دراسة هذه القاعدة على النحو التالي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها.

هذه القاعدة مما شهدت له الفروع الفقهية، وهي بالصيغة المذكورة ذكرها الإمام السرخسي في كتاب المبسوط .

قال: «فإن فسخ العقد فأجر ما مضى للمولي؛ لأن ما يقابله ا ستوفي على ملكه بعقده، وإن مضى على الإجارة فللعبد أجر ما بقي من المدة؛ لأنه بدل ما هو مملوك للعبد، فإن المنافع بعد العتق تحدث على ملكه، والبدل إنما يملك بملك الأصل»[١].

وقال أيضاً: إلا أن يشهدوا أن العبد الآبق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هذا، فحينئذ يقضي له القاضي بالثمن؛ لأنه أثبت الملك في ذلك العبد بعينه، والبدل إنما يملك بملك الأصل، وكذلك إن لم يبعه حتى قتل، فأقام المدعي أن المقتول عبده، فإنه يقضي له بالقيمة، لأن القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد، واستحقاق البدل باستحقاق الأصل[٢].

قال: "ولأن الاحتطاب اكتساب، والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط كنفسه بعضد كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه، أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه ، وهذه مفاوضة في المجهول، فلا تكون صحيحة، ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه إذا باع لأن البدل يملك بملك الأصل[٣].

والقاعدة بالصيغة المذكورة أشار إليها الماوردي في الحاوي: نصه: «ولأن كل من ملك شيئاً ملك بدله، فلما ثبت أن العبد يملك بضع زوجته وجب أن يصح منه ملك بدله وهو المهر...»[٤].

(١) المبسوط للسرخسي: (١٠/ ٢٠٥) وانظر كذلك..

(٢) انظر: المصدر السابق (١١/ ٢٦) .

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ٢١٦)، وكذلك انظر: (١٢/ ٢٠٦)، (١٨/ ٣٧)، و (١٩/ ٣٥).

(٤) الحاوي الكبير: (٥/ ٢٦٦).

=

وجاء في مغني المحتاج[1]: «ومتى قبض المكتري العين المؤجرة الدابة أو الدار أو غيرها في إجارة عين أو ذمة وأمسكها حتى مضت مدة الإجارة استقرت الإجارة عليه وإن لم ينتفع لتلف المنافع تحت يده فيستقر عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري....» .

وذكر ابن قدامة ما يؤكد هذا الأصل ومفاده: «وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها، صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة... ولا يرجع العبد على مولاه بشيء... لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها، كما لو زوج أمته ثم أعتق بعد دخول الزوج بها، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ... لأنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق، ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها، إذا ثبت هذا فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه... وإلا فهي على معتقه لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه...»[2].

فالقاعدة بمعناها ومدلولها تشهد لها تفريعات الفقهاء -رحمهم الله- كما سيأتي بيان ذلك في الفروع إن شاء الله تعالى.

ثانياً: مفردات القاعدة وما يتعلق بها من أحكام:

أ- تعريف البدل لغة و اصطلاحاً:

١-**البدل لغة**: الَبَدَلُ: بفتحتين والبِدْل بالكسر، والبديل بمعنى[3].وهو الخلَف والعوض والجمع أبدال. وهو من أبدلته بكذا إبدالاً: نميتُ الأول وجعلتُ الثاني مكانه[4] ومنه بادله مبادلة وبدالاً: أعطاه مثل ما أخذ منه[5].

٢-**البدل اصطلاحاً**: إقامة شيء مقام شيء آخر، وقيامه مقامه على جهة التعاقب، ومنه قولهم: يؤدي فلان العمل بدل فلان[6].

---

(١) مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٨-٤٧).

(٣) انظر: المصباح المنير: ص (١٥)، والقاموس المحيط: (ص١٢٤٧).

(٤) انظر: المصباح المنير: ص (١٥).

(٥) انظر: القاموس المحيط: ص (١٢٤٧).

(٦) معجم لغة الفقهاء: ص (١٠٥).

قال الكفوي: وربما استعملوا العوض مرادفاً للبدل في الاصطلاح[١].

وقيل: بدل الشيء: ما يقوم مقامه، ويسد مسده عند فقده أو عدم القدرة عليه[٢]، أو بدل الشيء: قائم مقام أصله فكان حكمه حكم المبدل تحقيقاً لقيامه مقامه[٣].

الفقهاء -رحمهم الله- استعملوه في معناه اللغوي، ولم يخرجوه عن دائرته إلا أنهم وسعوا في إطلاقه فأطلقوا على العوض[٤]، والثمن[٥]، والقيمة[٦]، والرخصة[٧]، والسعة أي الوسع والطاقة[٨].

ومنه: بدل المال المتلف[٩].

ب- تعريف الثمن:

الثمن في اللغة: العوض، والجمع أثمان مثل سبب وأ سباب، من أثمنت الشيء: بعته بثمن فهو مثمن أي مبيع بثمن، ومنه أثمن فلاناً ولفلان سلعته: أعطاه ثمنها[١٠].

وفي الاصطلاح: اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع عيناً كان أو سلعة وكل ما يحصل عوضاً عن شيء فهو ثمنه[١١].

ذكر أصحاب مجلة الأحكام العدلية في المادة: ١٥٢ " الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة." وفي المادة: ١٥٣ " الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع

---

(١) انظر: الكليات للكفوي: ص (٢٣١).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٣/ ٢٥).

(٣) انظر: القواعد والضوابط: ص (٢١٢).

(٤) انظر: المغني: (١٠/ ١٨٦).

(٥) انظر: المبسوط: (٢٠/ ١٢١).

(٦) انظر: المغني: (١٢/ ١١).

(٧) انظر: المبسوط: (١/ ١١١)، والمغني: (٢/ ٣٤٣).

(٨) انظر: المبسوط: (٢٤/ ٩) وفيه: البدل الذي هو سعة عامل في إسقاط الضمان.

(٩) انظر: المغني: (١٢/ ١٢).

(١٠) انظر: المصباح المنير: ص (٣٣)، والمعجم الوسيط: ص (١٠١).

(١١) انظر: بصائر ذوي التمييز: (٢/ ٣٤٩)، والكليات: ص (٣٢٩)، والبحر الرائق: (٥/ ٢٧٧)، وشرح الزرقاني: (٥/ ٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢)، وكشاف القناع: (٣/ ٤٦).

=

بالتراضي سواء أكان مطابقاً لقيمته الحقيقية أو ناقصاً عنها أو زائداً عليها[١].

ذكر أبو البقاء الكفوي في الكليات[٢]: " والثمن في الاصطلاح: وهو سلعة في الأصل إن كان رائجاً كان ثمناً، وإن كان كاسداً كان سلعة... فإذا كان معينا في العقد كان مبيعاً، وإن لم يكن معيناً، وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمنه."

جـ- تعريف القيمة:

القيمة لغة: قيمة الشيء: قدره، وقيمة المتاع: ثمنه، ومن الإنسان طوله والجمع قيم، يقال: ما لفلان قيمة: ما له ثبات ودوام على الأمر[٣].

وفي الاصطلاح: الثمن الذي يقدره المقومون للسلعة أو الشيء[٤].

أو ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان[٥].

أو هي ما تدخل تحت تقويم المقوم[٦]، أو هي الثمن الحقيقي للشيء[٧].

د-الفرق بين هذه المصطلحات عند الفقهاء:

الثمن أعم من القيمة التي هي السعر الحقيقي الذي يقومه بها المقومون فالفرق[٨] بينهما أن القيمة عبارة عن ثمن المثل، والثمن المتراضى عليه قد يساوي القيمة أو يزيد عنها أو ينقص[٩].

قال الكفوي: وقيمة الشيء عبارة عن قدر ماليته بالدراهم والدنانير بتقويم المقومين، وهي مساوية له بخلاف الثمن فإنه يكون ناقصاً، وزائداً.

وأما البدل فهو أعم من الثمن والقيمة إذ يشمل العوض وغيره كما سبق بيان ذلك. والله أعلم.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٧٣-٧٢)، وانظر لذلك معجم لغة الفقهاء: ص (٥٤).

(٢) ص(٣٢٩).

(٣) انظر: المصباح المنير: (ص١٩٨-١٩٩)، والمعجم الوسيط: (ص٧٦٨).

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء: (ص٣٧٤).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٥١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢١).

(٦) انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: (ص١٧٩).

(٧) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة رقم: (١٥٤) (١/ ٧٣).

(٨) انظر: معجم لغة الفقهاء: (ص١٥٤).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (ص٣٤٠).

هـ-المقصود بالبدل في القاعدة:

المقصود بالبدل هنا هو عوض الشيء المملوك الذي يعتبر أصلاً لثبوت الملك فيه ابتداء، ويعتبر هذا العوض بدلاً لثبوت الملك فيه تبعاً ويشترط في الشيء المملوك أو الأصل الذي ثبت الملك فيه لثبوت الملك في بدله أو عوضه الشروط الآتية[1]:

١-أن يكون الأصل مالاً متقوماً يصح الاعتياض عنه.

٢-أن يكون الأصل مملوكاً لأحد بسبب من أسباب الملك.

٣-أن يكون الأصل متعذراً تسليمه إما لزوال ملكه وإما لتلفه.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بهذا اللفظ تدل على أن من ملك شيئاً سواء كان ذلك عيناً أو منفعة أو حقاً بسبب من أسباب الملك المذكورة، فإنه يملك بدله عند فقدان الأصل أو تعذره بنفس السبب الذي ملك به الأصل ولا يحتاج تملك البدل إلى سبب جديد وذلك لأن البدل يقوم مقام الأصل وسد مسده فكان حكمه حكم الأصل تحقيقاً لقيامه مقامه، فالبدل يجب بالسبب الذي وجب به الأصل وهو معتبر بأصله إذا توفر في الأصل الشروط المذكورة.

والقاعدة بمفهومها تدل على أن الأصل الذي لم يثبت فيه الملك وكذلك إذا كان مما لا يكون قابلاً للملك لم يثبت في بدله الملك أيضاً، فلا يجوز أخذ البدل والعوض عما لم يثبت فيه الملك بسبب من الأسباب المذكورة.

ومن هنا قالوا: بدل الحر لا يملك العاقد[2]. والله أعلم بالصواب.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة والأدلة عليها:

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي عمل بها الفقهاء، وهي بمنطوقها صحيحة المعنى، ومعمول بها لدى المذاهب الأربعة[3]، وهي بهذه الصياغة وإن لم يذكرها إلا فقهاء الحنفية غير أن فقهاء المذاهب الأخرى ذكروا ما يوحي إلى اعتبار القاعدة والعمل بها، وتشهد لها الأدلة الآتية:

١-ما رواه أبو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ عام فتح مكة فقال: «**من قتل له قتيل فهو بخير**

---

(١) انظر: المبسوط: (١٠/ ٢٠٦)، (١١/ ٢١٦)، (١٨/ ٣٧).

(٢) انظر: المبسوط: (١٣/ ٣٦).

(٣) انظر: المبسوط: (١٠/ ٢٠٦)، (١١/ ٢١٦)، والمدونة: (٢/ ٢٣٢)، و(٣/ ٣٥٩)، والتفريع: (٢/ ٨٢)، وشرح المنهج المنتخب: ص (٥٢٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٤٧، ٤٨).

=

النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد...»[١] .

وكذلك ما رواه أبو شريح الخزاعي[٢] يقول: قال رسول الله ﷺ: «**من أصيب بقتل أو خبل**[٣] **فإنه يختار إحدى ثلاث: إما أن يقتص وإما أن يعفو وإما أن يأخذ الدية فإن أراد الرابعة فخذوا على الدية، ومن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم**»[٤].

وفي لفظ[٥]: «**فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل أو يقتلوا**».

وكذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**العمد قَوَدٌ إلا أن يعفو ولي المقتول**»[٦].

وفي لفظ: «**من قتل عمداً فهو قود**»[٧].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث بأن ولي المقتول لما ملك القود ملك بدله بالسبب الذي ملك به

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٩/ ٦)، في باب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين من كتاب الديات برقم ٦٨٨٠، ومسلم في صحيحه (٢/ ٩٨٩-٩٨٨) في باب تحريم مكة من كتاب الحج واللفظ للبخاري.

(٢) هو أبو شريح الخزاعي الكعبي: قيل: اسمه خويلد بن عمرو وقيل: عمرو بن خويلد، وقيل: غير ذلك، أسلم يوم الفتح، مات بالمدينة سنة ٦٨هـ، وله أحاديث. انظر: تهذيب التهذيب (٦/ ٣٧٧).

(٣) الخبل: هو فساد الأعضاء.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٤٧٨)، في «باب الإمام يأمر بالعفو في الدم» من «كتاب الديات»، وابن ماجه في سننه (٢/ ٨٧٦) في باب من قتل له قتيل.. من كتاب الديات، والدارمي في سننه (٢/ ١٨٨) في باب الدية في قتل العمد من كتاب الديات والإمام أحمد في المسند (٤/ ٣١). إسناده ضعيف لضعف سفيان بن أبي العوجاء السّلمي كما ذكر محقق المسند . انظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل لشعيب الأرناؤوط: (٢٦/ ٢٩٧) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٤/ ٦٤٤) في باب: ولي العمد يرضى بالدية من كتاب الديات برقم (٤٥٠٤). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح» . انظر: تحفة الأحوذي: (٤/ ٥٥١) .

(٦) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه: (٣/ ٩٤)، في كتاب الحدود والديات وغيره برقم: (٣١١٢)، وابن أبي شيبة في المصنف: (٩/ ٣٦٥)، قال المحقق: إسناده ضعيف لضعف إسماعيل بن مسلم المكي. والله أعلم.

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٤٩٠)، في باب من قتل في عمياء بين قوم من كتاب الديات برقم: (٤٥٣٩)، وابن ماجه في سننه: (٢/ ٨٨٠) في باب من حال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية من كتاب الديات برقم: (٢٦٣٥)، والإمام أحمد في المسند: (١/ ٣٦) و ابن أبي شيبة في المصنف (٩/ ٣٦٥) من حديث ابن عباس وحديث يمكن الاحتجاج به. انظر: نصب الراية (٢/ ٢٦٠) (٤/ ٣٢٧).

=

القصـــاص، وإن حصـــل الخلاف في موجب القود[1]. إلا أن العفو إلى البدل هو ما دلت عليه هذه الأحاديث.

قال الخطابي: «وفيه دليل على أن ولي الدم مخير بين القصـــاص وأخذ الدية»[2] وذكر معلقاً على حديث خزاعة: وفيه دليل على أن القاتل إذا مات فتعذر القود فإن للأولياء أن يأخذوا الدية من ورثته، وذلك لأنهم خيروا بين أن يعلقوا حقوقهم في الرقبة أو الذمة، فمهما فات أحد الأمرين كان لهم استيفاء الحق من الآخر[3]، ولأن الدية بدل المتلف، فتجب لهم كبدل سائر المتلفات"[4].

٢-وبما جاء عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن قفيز[5] الطحان»[6].

قال ابن قدامة: «ومعناه أن يستأجر طحاناً ليطحن له كراء بقفيز منه، فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في باقي الكراء المطحون»[7].

---

(١) اختلفوا في موجب القود على قولين:

الأول: أن موجب العمد هو القصـــاص عيناً حتى لا يملك الولي أن يأخذ الدية من القاتل من غير رضـــاه وهذا مذهب الجمهور.

الثاني: الواجب بقتل العمد أحد شيئين: القصاص أو الدية، والخيرة في ذلك إلى الولي.... وهو المذهب عند الحنابلة وقول للشافعية.

وبناء على القول الأول له العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فإذا عفا مطلقاً لم يجب شيء لأنه ليس له بدل، وعلى القول الثاني: فله العفو مطلقًا أو العفو إلى الدية فإن عفا عن القصـــاص مطلقاً أو إلى الدية وجبت الدية لأنها بدل عن القصـــاص. انظر: هذا التفصـــيل: بدائع الصـــنائع: (٧/ ٢٤١)، وشرح فتح القدير: (١٠/ ٤٢٣)، والشرـح الكبير للدردير: (٤/ ٢٣٩)، والحاوي الكبير: (١٢/ ٩٧)، والتهذيب: (٧/ ٧٣)، والمغني لابن قدامة: (١١/ ٥٩٢)، والشرح الكبير لابن قدامة: (٢٥/ ٢٠٢) والإنصاف: (٢٥/ ٢٠٢).

(٢) معالم السنن للخطابي: (٤/ ٦٤٢) مع سنن أبي داود.

(٣) انظر: معالم السنن للخطابي: (٤/ ٦٤٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ١٠، ١٣).

(٥) القفيز: مكيال يتواضـــع الناس عليه، وهو عند أهل العراق ثمانية مكاكيك . انظر: النهاية: ص(٧٦٤) . و هو يســـاوي ١٢ صاعا، وتساوي في عصرنا الحاضر ٢٦كيلو غراما تقريبا أو ٤٠لتر. انظر: معجم لغة الفقهاء من (٣٦٨).

(٦) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه: (٣/ ٤٧) في كتاب البيوع برقم: (٢٩٦٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: (٥/ ٢٣٩) من طريق الدارقطني، وفي إسناده هشام أبو كليب وهو مجهول. انظر: التعليق المغني: (٣/ ٤٧).

(٧) المغني لابن قدامة: (٦/ ١٧٠).

=

وجه الدلالة منه: أنه ملك عوض عمله بالكراء وكذلك يملك بذلك السبب القفيز الذي هو أجرته، فشرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في الباقي كشرط بدل منه في مقابلة ما ملك وهذا لا يصح ولذا ورد النهي عنه فهذا يدل على أنه ملك عوض منفعته أو بدله.

٣-حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعط أجره**»(١).

وجه الدلالة من الحديث: إن قوله عليه الصلاة والسلام: «...**رجل باع حراً فأكل ثمنه**...» يدل على أن من باع شيئاً لم يملك فليس له أن يأخذ بدله الذي هو الثمن، وهو بمفهومه يدل على أن من باع شيئاً يملك فله بدله يملكه بالسبب الذي ملك به الأصل. ولما كان الحر مما لا يملك شرعاً فأكل ثمنه بغير حق حرام أيضاً؛ لأن الحر لا قيمة له(٢).

٤-لأن ثبوت الملك في البدل تبع لثبوت الملك في الأصل، فإذا ثبت الملك في شيء بسبب من أسباب الملك المذكورة ثبت الملك في بدله إذ البدل يتبع الأصل، ولا يتبع الأصل البدل(٣).

والأدلة على صحة هذه القاعدة كثيرة، لعلي أكتفي بما ذكرت هنا وهو ينير الطريق إلى كل ما دلّ على صحة القاعدة واعتبارها. والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

سلفت الإشارة إلى أن هذه القاعدة ليست قاعدة مذهبية عند فقهاء الحنفية فحسب بل تلقاها فقهاء المذاهب الأربعة بالقبول، وجنحوا إليها عند التعليل والترجيح.

وهي جمة الفروع في كثير من الأبواب الفقهية ونورد هنا طرفاً منها على سبيل المثال:

١-لو باع شيئاً كان مملوكاً له ملك ثمنه بنفس العقد الذي هو سبب الملك(٤).

٢-ومنها: لو أجّر عبده مدة، ثم أعتقه في أثنائها صح العتق، فهل تنفسخ الإجارة أم لا؟ بناء على أن المؤجر حصل عتقه وصار حراً، اختلفوا في المسألة على ثلاثة أقوال:

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ٤٨٧)، في باب إثم من باع حراً من كتاب البيوع برقم: (٢٢٢٧)(٢٢٧٠).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٥).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ١١).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢١-٢٠).

=

القول الأول: إنها لا تنفسخ الإجارة، وأنه لا يثبت للعبد الخيار في فسخ الإجارة بعد العتق .

وهذا مذهب المالكية[١]، والشافعية في الأصح[٢]، والحنابلة في قياس المذهب[٣]، وعليه فلا يرجع العبد على مولاه بشيء.

قالوا:

١-إنها منفعة ا ستحقت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببدلها كما لو زوّج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه[٤].

٢-ولأن السيد تبرع بإزالة ملكه، ولم تكن المنافع له وقت العتق، فلم يصادف العتق إلا الرقبة مسلوبة المنفعة، ولهذا لا تنفسخ الإجارة[٥].

والدليل على عدم ثبوت الخيار له هو أن سيده تصرف في خالص ملكه، فلا ينقض، ويستوفي المستأجر منفعته[٦].

٣-ولأنه عقد لازم عقده على ما يملكه، فلا ينفسخ بالعتق، ولا يزول ملكه عنه، كما لو زوج أمته ثم باعها[٧].

القول الثاني: تنفسخ الإجارة، ويرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق وهذا قول للشافعية[٨]، قياسا على موت البطن الأول[٩].

القول الثالث: يثبت للعبد الخيار في فسخ الإجارة وإمضائها، هذا مذهب الحنفية[١٠]، ووجه

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٢٠).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٧).

(٣) انظر: شرح منح الجليل على مختصر خليل: (٧/ ٥٢٩-٥٢٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٧).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩).

(٦) انظر: المصدر السابق.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٨).

(٨) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٢٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩).

(٩) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩).

(١٠) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٠/ ٢٠٧-٢٠٦).

=

للشافعية[١].

واستدلوا على ذلك بالقياس على الأمة إذا كانت تحت عبد، ولأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فإذا ملك ثبت له الخيار كالأمة إذا أعتقت تحت زوج[٢].

وعلى هذا فإن فسخ العقد بعد العتق فأجرة ما مضت المدة من العقد لسيده، لأن ما يقابله استوفى على ملكه بعقده، وليس له أن يرجع به، وإن رضي العبد بعد عتقه بإبقاء الإجارة فأجر ما بقي من المدة للعبد؛ لأن الأجر بدل عن منافعه وهي مملوكة له وتحدث على ملكه وليس للمولى شيء إلا إذا كان المستأجر عجل الأجرة كلها للمولى، ورضي العبد بإبقاء الإجارة. والله أعلم بالصواب.

٣-ومنها: لو ملك القصاص من الجاني بسبب القتل العمد العدوان فله العفو إلى الدية أو العفو مطلقاً، فعلى القول: إن الواجب أحد شيئين: القصاص أو الدية لا بعينه، فإن عفا إلى الدية وجبت الدية؛ لأن الواجب غير معين، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر، وإن اختار الدية سقط القصاص، لأن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلاً عنها لا عن بدلها كالقصاص[٣].

وكذلك إذا عفا مطلقاً . وإن اختار القصاص فهل له بعد ذلك العفو على الدية أم لا؟ اختلف على قولين:

القول الأول: له ذلك، وهذا وجه للشافعية[٤]، وقول القاضي أبو يعلى من الحنابلة[٥]، وهو المذهب عندهم[٦].

لأن القصاص أغلظ، فله الرجوع إلى الأدنى، ويكون بدلاً عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل كما هو القول: إن الواجب القصاص عيناً[٧].

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٩) ومنتقى الينبوع: (٤/ ٣٢٠)، قال الروياني: وهو غلط؛ لأن خيارها ثبت لنقصه، ولم يرض به وقت العقد، وهذا المعنى مفقود هنا.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٧).

(٣) انظر: تفصيل المسألة في بدائع الصنائع: (٧/ ٢٤٢-٢٤١)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٢٣٩)، والتهذيب للبغوي: (٧/ ٧٤)، والحاوي الكبير: (١٢/ ٩٨)، والمغني لابن قدامة: (١١/ ٥٩٢)، والشرح الكبير: (٢٥/ ٢٠٦).

(٤) انظر: التهذيب للبغوي: (٧/ ٧٥)، والحاوي الكبير للماوردي: (١٢/ ٩٨) وما بعدها .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١١/ ٥٩٣).

(٦) انظر: الإنصاف: (٢٥/ ٢٠٥)، مع الشرح الكبير.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١١/ ٥٩٣).

=

القول الثاني: ليس له ذلك، هذا أصح الوجهين للشافعية ذكره البغوي(١)، واحتمال عند الحنابلة ذكره صاحب المغني(٢)، ووجه لهم ذكره صاحب الترغيب(٣)، وذلك لأنه أسقطها باختياره القصاص، فلم يعد إليه كما لو اختار الدية يسقط القصاص(٤).

وعلىٰ القول: إن موجبه القصاص عيناً فإذا عفا مطلقاً فهل له شيء أم لا؟

اختلف علىٰ قولين أيضاً:

القول الأول: لا يجب له شيء، فصار كمن لو عفىٰ عن القود مجاناً(٥).

هذا مذهب الحنفية(٦)، والمالكية(٧)، وظاهر مذهب الشافعية(٨)، ومذهب الحنابلة(٩).

القول الثاني: تجب الدية، وهذا قول بعض الشافعية، واختاره المزني منهم(١٠).

واستدلوا بقوله تعالىٰ: ﴿ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ﴾(١١).

قال: هذا أمر بعد العفو بالاتباع بالمعروف دلّ علىٰ أن المال ثابت بالعفو(١٢) ولئلا يبطل الدم

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي: (٧/ ٧٤)، وكذلك الحاوي الكبير: (١٢/ ٩٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١١/ ٥٩٣).

(٣) انظر: الإنصاف: (٢٥/ ٢٠٦) مع الشرح الكبير لابن قدامة.

وصاحب الترغيب هو: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن الخضر بن محمد الخضر بن علي بن عبد الله ابن تيمية الحراني، كان شيخ حران وخطيبها، وله مؤلفات منها: تخليص المطلب في تلخيص المذهب، وترغيب القاصد في تقريب المقاصد، وبلغة الساغب وبغية الراغب وغير ذلك توفي سنة (٦٢٢)هـ.

انظر: الذيل علىٰ طبقات الحنابلة: (٢/ ١٦٣-١٥١)، والنجوم الزاهرة: (٦/ ٢٦٣).

(٤) انظر: الإنصاف: (٢٥/ ٢٠٦).

(٥) انظر: تفصيل صورة المسألة في القواعد لابن رجب: ص (٢٩٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٢٤١)، وفتح القدير: (١/ ٢٢٣).

(٧) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: (٤/ ٢٣٩).

(٨) انظر: التهذيب: (٧/ ٧٤)، والحاوي الكبير: (١٢/ ٩٨).

(٩) انظر: المغني: (١١/ ٥٩٢)، والشرح الكبير لابن قدامة: (٢٥/ ٢٠٦).

(١٠) مختصر المزني ص(١٢/ ٩٨) مع شرحه، وكذلك انظر: التهذيب: (٧/ ٧٤)، والحاوي الكبير: (١٢/ ٩٨).

(١١) الآية: (١٧٨) من سورة البقرة.

(١٢) انظر: التهذيب: (٧/ ٧٤).

=

ويهدر في هذه الصورة[1].

قال ابن قدامة: هذا القول ليس بشيء؛ لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه، وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شي؛ لأنه أسقط حقه فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه؛ لأنها لم تجب[2]. **والذي يظهر لي** هو القول أنه يملك البدل الذي هو الدية إن عفا مطلقاً و ذلك لدلالة الحديث عليه. والله أعلم بالصواب .

٤-**ومنها**: لو وجد صاحب المال العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها، وله أخذ بدلها؛ لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً؛ لكونها صارت في ملكه، وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها؛ لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه، فكان له أخذه، كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة[3].

وكذلك إذا جاء المالك وقد تلفت تلك اللقطة حساً أو شرعاً بعد التملك غرم مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت متقومة لأنه تمليك يتعلق به العوض فأشبه البيع، والقيمة تعتبر يوم التملك لها ؛ لأنه يوم دخول العين في ضمانه، وقيل: يوم المطالبة بها[4].

وكذلك ولو عين الملتقط البدل عند إباحة إتلاف اللقطة كأكل الشاة الملتقطة في المفازة، فتلفت سقط حق الملك بتلف القيمة[5].

٥-**ومنها**: من أخذت ثيابه من الحمام، ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدله. هل يملكه بذلك أم لا؟ اختلفوا على قولين:

---

(١) انظر: المغني: (١١/ ٥٩٣).

(٢) انظر: المصدر السابق: (١١/ ٥٣٩).

(٣) انظر: تفصيل المسألة في: اللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٢١)، والحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ٢٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٥)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٥-٣١٤).

(٤) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤١٦) والحاوي الكبير: (٨/ ١٥).

(٥) انظر: المصدر السابق والحاوي الكبير: (٨/ ٢٦).

=

القول الأول: أنه لم يملكه بذلك، وهو قول الحنفية[١]، والحنابلة في الصحيح من المذهب[٢]، وعلى هذا يكون المتروك بدله لقطة يجب تعريفه، وبعد مضي زمن التعريف يأخذ حقه منه[٣].

قال الإمام أحمد -رحمه الله- فيمن سرقت ثيابه، ووجد غيرها: لم يأخذها، فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها[٤].

قال ابن قدامة: إنما قال ذلك؛ لأن آخذ الثياب لم تقع بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه، فإذا أخذها أخذ مال غيره، ولا يعرف صاحبه، فيعرفه، ويتصدق به كالصدقة باللقطة[٥].

وقيد بعض فقهاء الحنفية هذا بأنه إذا كان المتروك بدله مثل المأخوذ أو أجود منه، فإن كان المتروك بدله دونه أو مما يظهر الإعراض عنه فله الانتفاع به بدون هذا التكلف؛ لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضا بالانتفاع به[٦].

القول الثاني: يجوز له الانتفاع به، ولا يعرفه مع قرينة تدل على السرقة وهذا احتمال ذكره ابن قدامة في المغني[٧]، وصوبه غيره[٨] من فقهاء الحنابلة وهو قول ابن عابدين من متأخري الحنفية[٩].

قال ابن قدامة: «ويحتمل أن ينظر في هذا، فإن كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروك له، وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه، فلا حاجة إلى التعريف؛

---

(١) انظر: رد المحتار شرح الدر المختار: (٤/ ٢٨٥).

(٢) انظر: الإنصاف: (١٦/ ٢٧٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٩)، والشرح الكبير: (١٦/ ٢١٥-٢١٤)، والسلسبيل في معرفة الدليل: (٢/ ٢١٤).

(٣) انظر: السلسبيل: (٢/ ٢١٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٩)، والشرح الكبير: (١٦/ ٢١٥).

(٦) انظر: رد المحتار: (٤/ ٢٨٦-٢٨٥).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٩).

(٨) قال المرداوي في الإنصاف: وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة، وهو احتمال للمصنف، قلت: وهو عين الصواب، قال الحارثي: وهذا حسن انظر: الإنصاف: (١٦/ ٢٧٧).

(٩) انظر: رد المحتار: (٤/ ٢٨٦).

=

لأن التعريف إنما جعل على المال الضائع من ربه ليعلم به، ويأخذه، وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضاً عما أخذه ولا يعترف أنه له، فلا يحصل من تعريفه فائدة»[1].

قال ابن عابدين: «قلت: ما ذكر من التفصيل بين الأدون وغيره إنما يظهر في المكعب المسروق، وعليه لا يحتاج إلى تعريف؛ لأن صاحب الأدون معرض عنه قصداً فهو بمنزلة الدابة المهزولة التي تركها صاحبها عمداً، بل بمنزلة إلقاء النوى وقشور الرمان، أما لو أخذ مكعب غيره غلطاً لظلمة أو نحوها، ويعلم ذلك بالقرائن فهو في حكم اللقطة، لا بد من السؤال عن صاحبه بلا فرق بين أجود وأدون، وكذا لو اشتبه كونه غلطاً أو عمداً لعدم دليل الإعراض... »[2].

واستدلوا لهذا القول بأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذه، فصار كالمبيح له أخذها بلسانه، فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبه ودفع إليه درهماً[3].

ذكر ابن قدامة: هذا القول أقرب إلى الرفق بالناس، لأنه فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم[4]، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع[5]. والله أعلم بالصواب .

ويتفرع عليه من أخذت نعاله من حرم مكة أو المدينة المنورة، وعلم بالقرائن الدالة بأن الآخذ ترك بدلاً له عوضاً عما أخذه فإن له أخذ بدله. والله أعلم.

٦-**ومنها**: مسألة الظفر بالحق المعروفة لدى الفقهاء -رحمهم الله- .

صورة المسألة: من كان له على إنسان حق من دين أو غصب، وقدر له على مال هل له أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه بدلاً عن حقه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك أم لا؟ يأتي بيان المسالة على ما يلي:

أولاً: استيفاء حق الإنسان يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه، فإن امتنع من تسليمه:

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٩).

(٢) رد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٢٨٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٢٠-٣١٩).

(٤) لا أدري هل يخفف عنه إثم السرقة لو سرق مال غيره وترك بدلاً له.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٢٠).

=

فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً فليس لصاحب الحق استيفاؤه بنفسه باتفاق الفقهاء، وإنما بواسطة القضاء[١].

قال ابن قدامة: «وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به، باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه ؛ لأنه لا يجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين»[٢].

ثانياً: إن كان مانعاً له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار لا يجوز له أخذ شيء من ماله بغير خلاف بين الفقهاء. وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً، أو عوضه إن كان تالفاً[٣]. وذلك لأن الدين الذي لا يستحق أخذه في الحال[٤].

وإن كان مانعاً له بغير حق للماطلة، وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان، فلا يجوز له أخذ شيء من ماله أيضاً بغير خلاف بين الفقهاء[٥] -رحمهم الله- وذلك لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله[٦].

ثالثاً: وإن لم يقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لكونه جاحداً له، ولا بينة به أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك أو نحو هذا، وكان الموجود تحت يد الآخذ من جنس الحق،

---

(١) انظر: فتح القدير: (٤/ ٢٣٦)، ورد المحتار: (٣/ ٢١٩)، والشرح الكبير للدرير: (٤/ ٣٣٥)، والقوانين الفقهية: ص(٣٥٩)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٦٢)، والمهذب: (٢/ ٢٨٢)، والمغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٣٩) وما بعدها والضرورة الشرعية للزحيلي: ص (١٨٨).

(٢) المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٣٩)، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: (٢٨/ ٥٣٨).

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٩٥-٩٤)، والمغني: (١٤/ ٣٤٠-٣٣٩)، والشرح الكبير: (٢٨/ ٥٣٩-٥٣٨).

(٤) انظر: الشرح الكبير: (٢٨/ ٥٣٩).

(٥) انظر: المغني: (١٤/ ٣٤٠)، والشرح الكبير: (٢٨/ ٥٣٩).

(٦) انظر: المغني: (١٤/ ٥٣٩).

=

ولم يترتب على الآخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر، فهل له أخذ شيء من مال من عليه الحق أم لا؟ بناء على أنه ملك بدل ماله؟

اختلفوا في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ليس له أخذ قدر حقه وإن كان المأخوذ من جنس الحق وعلى هذا لابد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

وهذا هو القول المشهور عند المالكية(١)، وهو المشهور عند الحنابلة(٢).

ذكر المرداوي في الإنصاف مفاده: محل الخلاف في هذه المسألة إذا لم يكن الحق الذي في ذمته قد أخذه قهراً، فأما إن كان قد غصب ماله فيجوز له الأخذ بقدر حقه وهذا ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية أيضاً وقال: ليس هذا من هذا الباب. ومحل الخلاف أيضاً إذا كان عين ماله قد تعذر أخذه؛ فأما إن قدر على عين ماله أخذ قهراً ما لم يفض إلى فتنة(٣).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-قوله عليه الصلاة والسلام: «**أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك...**»(٤).

وجه الدلالة من الحديث: إنه متى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه، فيدخل في عموم الخبر، وذلك لأن أخذ مال أحد بغير إذنه ولا رضاه يعتبر خيانة(٥).

٢-قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه**»(٦).

من أخذ مال غيره بغير إذنه ولا رضاه أخذه من غير طيب نفس منه فلا يحل له ذلك.

٣-لأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه فليس له

---

(١) انظر: الشرح الكبيير للدردير: (٤/ ٣٣٥) . والقوانين الفقهية: ص (٣٥٩).

(٢) انظر: المغني: (١٤/ ٣٤٠)، والشرح الكبير: (٢٨/ ٥٣٨)، والإنصاف: (٢٨/ ٥٣٩).

(٣) انظر: الإنصاف: (٢٨/ ٥٤٥).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٦٠)، في باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده من كتاب البيوع، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٦٨) في باب حدثنا: ... من كتاب البيوع، وقال: حديث حسن، والدارمي في سننه: (٢/ ٢٦٤)، في: باب في أداء الأمانة من كتاب البيوع، والإمام أحمد في المسند: (٣/ ٤١٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤١).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص(٢٢٧).

تعيين الحق بغير رضا صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترىٰ أنه لا يجوز له أن يقول: اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا [١].

٤-لأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين كما لو كان باذلاً له[٢].

القول الثاني: إن لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق إن لم يقدر علىٰ استخلاص حقه ببينة سواء أكان من جنس حقه أم من غير جنسه، وإن كانت له بينة وقدر علىٰ استخلاصه ففيه وجهان: هذا مذهب الشافعية[٣] وهو وجه للحنابلة[٤].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-قوله تعالىٰ: ﴿ﮪ ﮫ ﮬ ﮭﮮ﴾[٥]، قوله ﷻ: ﴿ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ﴾[٦] والمثلية هنا ليست من كل وجه وإنما في المال.

٢-حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان علىٰ رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح؟ فقال: «**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفي بنيك**»[٧].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤١)، والشرح الكبير: (٢٨/ ٥٤٣-٥٤٢).

(٢) انظر: المصدرين السابقين .

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣١١)، والمهذب: (٢/ ٢٨٢)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٦٢).

(٤) انظر: المغني: (١٤/ ٣٤٠)، والإنصاف: (٢٨/ ٥٣٩ وما بعدها: قال ابن عقيل: وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجها في المذهب أيضاً من حديث هند، وقال أبو الخطاب: ويتخرج لنا جواز الأخذ، فإن كان المقدور عليه قدر حقه من جنسه أخذه، وإن كان من غير جنسه تحرىٰ واجتهد في تقويمه، قال الزركشي: وهو أظهر في التخريج، وذكر ابن قدامة احتمالاً وهو أنه لا يأخذ إلا من جنس حقه.

(٥) الآية: (٤٠) من سورة الشورىٰ.

(٦) الآية: (١٦٢) من سورة النحل.

(٧) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: (٩/ ٥٠٧)، في باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم: (٥٣٦٤)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ٣٣٨)، في باب: قضية هند من كتاب الأقضية =

وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل[١].

قال النووي: «في هذا الحديث فوائد، منها: أن من له على غيره حق وهو عاجز عن استيفائه يجوز له أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير إذنه وهذا مذهبنا»[٢].

وذكر ابن حجر : "استدل بهذا الحديث على أن من له عند غيره حق، وهو عاجز عن استيفائه جاز له أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير إذنه»[٣].

نوقش هذا الا ستدلال بأن النبي ﷺ قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقه ولو لم يعلم زوجها بقوله: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**» فدل على أنه لابد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه[٤].

ذكر ابن قدامة بأن الإمام أحمد -رحمه الله- اعتذر عن حديث هند بقوله: أن حقها واجب عليه في كل وقت وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين[٥].

وفرق أبو بكر من فقهاء الحنابلة بينهما بفرق آخر وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوماً بعلم قيام مقتضيه[٦].

وفرق ابن قدامة بينهما بما يأتي:

الأول: أن للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبي.

الثاني: أن النفقة تراد لإحياء النفس، واتقاء المهجة وهذا ما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه،

برقم (٤٤٥٢).

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤١).

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي: (١٢/ ٢٣٤).

(٣) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر: (٩/ ٤٢٠-٤١٩).

(٤) انظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٣٣)، وسبل السلام: (٣/ ٢١٩)، وتوضيح الأحكام: (٥/ ١٣٢).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤١).

(٦) انظر: المصدر السابق: (١٤/ ٣٤٢-٣٤١).

=

فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين(١).

٣-قوله ﷺ : **«من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»**(٢).

وجه الدلالة من الحديث أنه وجد عين حقه عند رجل آخر فيباح له أخذه؛ لأنه أحق به.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأنه فيمن أفلس، والمفلس يجوز بيع ماله لأصل الغرماء بخلاف المدين أو الذي عليه الحق.

القول الثالث: يجوز له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه، وإن كان المأخوذ من غير جنس حقه أو عرضاً لا يباح له أخذ ذلك. وهذا مذهب الحنفية(٣)، وهو وجه لأصحاب الإمام أحمد أيضاً(٤)، وجاء في الدر المختار: وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس للمجانسة في المالية، قال في المجتبى: وهو أوسع فيعمل به عند الضرورة(٥).

وعلق على هذا صاحب الحاشية ما مفاده: وفيه إيماء إلى أن له أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة في المالية، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به، وإن لم يكن مذهبنا، فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة.

قلت: وهذا ما قالوا إنه لا مستند له، وقد وجدت في بعض شروح القدوري أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطاوعتهم في الحقوق، والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كان لا سيما في ديارنا، لمداومتهم للعقوق:

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤٢-٣١٤).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٥٧)، في «باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده» من «كتاب البيوع»، والدارقطني في سننه: (٣/ ٢٨)، في كتاب البيوع، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ٢٢٨)، وأصل الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٥٦-١٥٥)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٩٣) من حديث أبي هريرة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٧١)، وفتح القدير: (٤/ ٢٣٦)، ورد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٩٥-٩٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤٢)، ومن جوز من أصحابنا الأخذ فإنه قال: إن وجد جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل ألا يجوز له تملكه، ويحتمل أن يكون له ذلك.

(٥) انظر: الدر المختار: (٤/ ٩٥).

=

عفاء على هـــــذا الزمان فإنه ❊ زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق ❊ و كل صدوق فيه غير صدوق[١]

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنه ظفر بجنس حقه ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه، وإذا أخذه يصير مستوفياً حقه[٢].

٢-لأن أخذ غير جنس الحق أو العرض عن حقه اعتياض، ولا تجوز المعاوضة إلا برضى من المتعاوضين[٣] قال الله تعالى: ﴿ڤ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ﴾[٤].

الذي يظهر لي هو القول بجواز الأخذ، ولولم يقدر على أخذه بالحاكم في الحق الثابت بإقرار أو ببينة أو كان سبب الحق ظاهراً بيناً وأما إذا خفي سبب الحق فلا يجوز له الأخذ؛ لأنه متى ظهر السبب لم ينسب الآخذ إلى خيانة بخلاف ما إذا خفي[٥].

وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- أيضاً ذكره المرداوي في الإنصاف[٦].

قال الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام في توضيح الأحكام[٧]: «والراجح: التفصيل، وذلك أنه إن كان سبب الحق واضحاً بيناً فله الأخذ لانتفاء الشبهة فيه، وإن كان السبب خفياً فلا يجوز، لئلا يتهم بالأخذ بالاعتداء على حق الغير».

ولأن حديث هند: «**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**» أمر لها منه عليه الصلاة والسلام على سبيل الفتيا لظهور سببها واستقرار حقها في مال زوجها أبي سفيان[٨].

ولأن الأموال كلها في معنى المالية متجانسة، فالمأخوذ من غير جنس حقه كالمأخوذ من جنس

---

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٩٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٧٢-٧١).

(٣) انظر: فتح القدير: (٤/ ٢٣٦)، ورد المحتار: (٤/ ٩٥).

(٤) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي: (٢٨/ ٥٤٣-٥٤٢).

(٦) انظر: الإنصاف: (٢٨/ ٥٤٤).

(٧) (٥/ ١٣٢).

(٨) انظر: سبل السلام: (٣/ ٤٥١)، وتوضيح الأحكام: (٥/ ١٣٢).

=

حقه للمجانسة في المالية . والله أعلم بالصواب .

٧- **و منها:** مسألة جاحد الديون، قال في الإنصاف[١]: «لو كان له دين على شخص، فجحده، جاز له أخذ قدر حقه ، ولو من غير جنسه على الصحيح من المذهب، وهو من المفردات» .

٨- **و منها:** مسألة الأجير أو العامل إذا ما أعطاه صاحب العمل أو المستأجر حقه فله أخذ ما قدر عليه بقدر حقه . والله أعلم .

٩-**ومنها:** لو باع أحد داره وقال: بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لا يصح على قول جمهور الفقهاء[٢].

لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع، فإذا أجره إياها فقد شرك أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح؛ وذلك لأن من ملك شيئاً ملك بدله.

وذكر ابن قدامة احتمالاً في المسألة وهو الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع[٣].

١٠-**ومنها:** لو اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع، وأراد المشتري أخذ العوض عنه، فإن تراضيا عليه يجوز له ذلك؛ لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها، فإذ ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها، كما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي[٤].

١١-**ومنها:** إذا احتطب اثنان فلكل واحد ما احتطب وثمنه إذا باعه، فالثمن بدل الحطب، والحطب ملكه، فيكون الثمن ملكه. وليس لأحدهما من ثمن ما احتطب الآخر شيء، حتى لو قال: أحدهما للآخر: احتطب لي ولك أجر؛ أو اشتركا فيما يكتسبانه[٥].

---

(١) الإنصاف: (٢٨/ ٥٤٥).

(٢) انظر: الكتاب شرح اللباب: (١/ ٢١٣)، وشرح منح الجليل: (٥/ ١٧٠)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ١٧٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٧٠).

(٤) انظر: تفصيل المسألة في المغني: (٦/ ١٧٠).

(٥) انظر: تفصيل هذه المسالة في: بدائع الصنائع: (٦/ ٥٧، ٧٦)، وفتح القدير: (٥/ ٢٨)، والمبسوط: (١١/ ١٥٤)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٥٢)، وشرح الخرشي: (٦/ ٣٨)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٠) وما بعدها، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٢)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ١١٢) وما بعدها، والسلسبيل: (٢/ ١٤٤-١٤٥)، وغاية المنتهى: (٢/ ١٨٠)، والشركات للأستاذ علي الخفيف: ص (٩٩)، والخلاف في هذه المسألة مبني على =

١٢-**ومنها:** من ملك حقاً من حقوق الارتفاق(١) و غيرها فهل يملك بدله على أنه يجوز له الاعتياض عليه ببيع أو غيره؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين(٢):

القول الأول: أنه يجوز أخذ العوض عنه لمن ملكه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء(٣).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿ے ۓ ۓ ڭ ڭ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ې ې ى ى ئا ئا ئە﴾(٤).

فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً يتفقان عليه مقابل التنازل عن حقه في اســتدامة النكاح،

مسألة شركة الأبدان أو شركة الأعمال واختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

الأول: أنها جائزة مع اتفاق الصــنائع واختلافها، وهو المذهب عند الحنابلة [المغني: (٧/ ١١٣-١١٢)، والإنصاف: (١٤/ ١٥٨، ١٦١)].

الثاني: أنها جائزة مع اتفاق الصــنائع ولا تجوز مع اختلافها، وكذلك لا تجوز في اكتســاب المباحات، وهو مذهب الحنفية والمالكية، ووجه عند الحنابلة ذكره القاضي وقواه المرداوي في الإنصــاف [بدائع الصــنائع: (٦/ ٥٨، ٦٣)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٢١-١٢٠)، والمغني: (٧/ ١١٣-١١٢)، والإنصاف: (٤/ ١٦٢-١٦١)].

الثالث: أنها فاسدة غير صحيحة، وهذا مذهب الشافعية وزفر من فقهاء الحنفية [فتح القدير: (٥/ ٣١)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٢)].

(١) الارتفاق مصدر ارتفق به انتفع واستعان، ومنه المرفق: كرجع ما يرتفق به وينتفع ويستعان، ومنه مرافق المدينة: وهي ما ينتفع به السكان عامة كأجهزة النقل والشرب والإضاءة، ومنه: مرفق الدار ونحوها كل ما يرتفق به من مطبخ وكنيف ومصاب المياه.

واصطلاحاً: منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مع اختلاف المالكين لهما، وهذه المنفعة تبع العقد الأول وإن تغير مالكه.

انظر: المعجم الوســيط: ص (٣٦١)، والكليات للكفوي: ص (٨٦٧)، والملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة: ص(٧٧)، ومصــادر الحق للســنهوري: (٥/ ٦٢)، والأموال ونظرية العقد: ص(١٧١) . وحقوق الارتفاق كثيرة منها: حق الشرب، وحق المجرى وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو أو التعلي وحق الشفة وغيرها.

(٢) بناء على اختلافهم في الحقوق المجردة .

انظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص (٣٨) .

(٣) انظر: نهاية المحتاج: (٣/ ٣٧٢)، و(٤/ ٧)، وموسوعة الفقه: (٨/ ٢٥٦)، ومصادر الحق للسنهوري: (٥/ ١٦٢).

(٤) الآية: (٢٢٩) من سورة البقرة.

=

فيطلقها[١].

٢-يجوز للسـيد أن يتفق مع عبده على مقدار من المال يؤديه له العبد مقابل إعتاقه لقوله تعالى: ﴿ﭻﭼﭽﭾﭿ﴾[٢].

٣-يجوز لولي المقتول أن يعفو عن حقه في القصـاص من القاتل مقابل مال يدفعه إليه القاتل لقوله تعالى: ﴿ﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞ﴾[٣].

ويمكن أن يرد على هذه الاستدلالات بما يأتي:

١-إن الحقوق المذكورة في الآي المذكورة ليست حقوقاً مجردة، وإنما هي في الحقوق غير المجردة وهي التي تؤول إلى مال، ولهذا جاز الاعتياض عليها.

٢-لأن المعاوضة في الصور المذكورة تثبت بالنصوص في هذه الحقوق، والمسألة هنا مما لم تثبت فيه المعاوضة بالنصوص فالقياس هنا مع الفارق، إذ المقيس عليه جاز الاعتياض فيه لأجل النص الدال عليه.

القول الثاني: لا يجوز الاعتياض عنها بالمال إذا كانت مجردة كحق الشفعة. وهذا قول أكثر الحنفية[٤].

قال الكاساني: «ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح، ولم يثبت العوض، وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح؛ فلانعدام ثبوت الحق في المحل؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك وإنه عبارة عن ولاية التملك، وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض»[٥].

وقال الكاساني أيضاً: «لو بذلت واحدة منهن مالاً للزوج ليجعل لها في القسم أكثر ما تستحقه لا يحل للزوج أن يفعل، ويرد ما أخذه منها؛ لأنه رشوة، لأنه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق،

---

(١) انظر: حق المؤلف للدكتور نواف كنعان: ص (٢٤).

(٢) الآية: (٣٣) من سورة النور.

(٣) الآية: (١٧٨) من سورة البقرة.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (٢١١)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٣)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢١)، (٥/ ١٤٨) وما بعدها.

(٥) بدائع الصنائع: (٥/ ٢١).

=

وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالاً لتجعل نوبتها لصاحبتها أو بذلت هي لصاحبتها مالاً للترك نوبتها لها لا يجوز شيء من ذلك، ويسترد المال لأن هذا معاوضة القسم بالمال فيكون في معنى البيع...»[١].

قال ابن قدامة في المغني: «فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح؛ لأن حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال، فلا يجوز مقابلته بمال، فإذا أخذت عليه مالاً لزمها رده وعليه أن يقضي لها؛ لأنها تركته بشرط العوض، ولم يسلم لها، وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز...»[٢].

واستدلوا بما يأتي:

١-إن هذه الحقوق ليست بمال؛ لأنها لا يمكن حيازتها ولذا قالوا: لا يجوز بيعها وهبتها استقلالاً؛ لأن محل البيع والهبة يجب أن يكون مالاً، ولكن يجوز بيعها تبعاً للأموال التي تتعلق بها كبيع الدار أو الأرض مع ما يتعلق بها من حقوق مثل حق المرور وحق السيل وحق الشرب؛ لأن البيع كما يكون في الأموال يكون في كل حق متعلق بها إذا بيع تبعاً لها[٣].

٢-الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء... ولو باع الأرض مع حق جاز تبعاً للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعاً لغيره وإن كان لا يجعله مقصوداً بنفسه، ولا تجوز إجارته مفردة، لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع... ولا تجوز هبته والتصدق به؛ لأن كل واحد منهما تمليك والحقوق مفردة لا تقبل التمليك[٤].

الذي يظهر لي هو القول بعدم جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة لأن هذه الحقوق لعدم استقرارها في محلها لم يكن ملكها شبيهاً بملك المنفعة، فلم تقبل أن تتقوم بالعقد، لذلك فإذا أسقطت بغير مال سقطت، ولم يجب المال. ولأنه في الواقع رشوة بالنظر إلى معطيه وإلى آخذه على السواء. والله أعلم بالصواب.

١٣- و منها: مسألة التنازل عن الوظائف بالمال. و هي تتفرع على المسألة السابقة و قد اختلفوا في المسألة على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع: (٢/ ٣٣٣) .

(٢) المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٥١).

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام: (٥/ ٢٠٤)، ورد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٥٢) وما بعدها .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٨٩).

القول الأول: لا يجوز التنازل عن الوظائف بالمال. وهو مذهب أكثر الفقهاء[1].

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-إن المال الذي يدفعه طالب الوظيفة رشوة، والرشوة حرام بالنص والعرف لا يعارض النص[2].

أجيب عن هذا الاستدلال بأنه صلح عن حق ثبت لصاحبه ولو مجرداً، والرشوة لا تكون بحق[3].

٢-إن العبرة في الا ستدلال بالعرف وجريان العمل به هو العرف العام لا العرف الخاص، ولذا جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم[4] يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف، ولا يثبت الحكم بالعرف الخاص وهنا جرىٰ الحكم بناء علىٰ العرف الخاص وهذا لا يجوز، ولهذا قال السيد الشهيد[5]: «لا نأخذ با ستحسان مشائخ بلخ، بل نأخذ بقول أصحابها المتقدمين، لأن التعامل في بلد لا يدل علىٰ الجواز ما لم يكن علىٰ الا ستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلاً علىٰ تقرير النبي ﷺ إياهم علىٰ ذلك، فيكون شرعاً منه، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعاً، والإجماع حجة ألا ترىٰ أنهم لو تعاملوا علىٰ بيع الخمر والربا لا يفتىٰ بالحل»[6].

٣-لأن هذه الحقوق تستحق بلا عوض، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر

---

(١) انظر: الفتاوىٰ الحامدية لابن عابدين: (١/ ٢٢٤) وحا شية ابن عابدين: (٤/ ٥١٨)، والموافقات للشاطبي: (٢/ ١٧)، والأ شباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٢٧)، وكشاف القناع: (١/ ٧)، وشرح منتهىٰ الإرادات: (٢/ ٢٤٨)، ودرا سة شرعية لأهم العقود المالية: ص (٧١٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(١٠٣)، ورد المحتار: (٤/ ٥٢٠).

(٣) انظر: رد المحتار (٤/ ٥٢٠).

(٤) ص (١٠٢).

(٥) هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله الحاكم الشهيد، قتل ساجداً وهو في صلاة الصبح في ربيع الأول سنة ٣٣٤هـ.

انظر: الجواهر المضية: (٣/ ٢٩٠-٢٩٠)، والفوائد البهية: ص (١٨٣).

(٦) شرح الحموي علىٰ الأشباه والنظائر: (١/ ١٣٦)، ورد المحتار علىٰ الدر المختار: (٤/ ٥١٩).

=

الحقوق الواجبة[١].

٤-لأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل إلا إذا فوت حقاً مؤكداً، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك في حق الضمان، كحق المرتهن، ولذا لا يضمن بإتلاف شيء من الغنيمة أو وطء جارية منها قبل الإحراز؛ لأن الفائت مجرد الحق، وأنه غير مضمون[٢].

القول الثاني: يجوز التنازل عن الوظائف بالمال كالإمامة، والخطابة ونحوها.

و هذا قول بعض فقهاء الحنفية من المتأخرين[٣]، وبعض فقهاء المالكية[٤]، وبعض فقهاء الشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، وهو اختيار ابن عابدين من فقهاء الحنفية[٧] .

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-يستند هذا القول إلى الضرورة وتعارف الناس.

قال ابن نجيم: «وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص، قد تعارف الفقهاء بالقاهرة النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها وتعارفوا ذلك فينبغي الجواز، وإنه لو نزل وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك ...»[٨].

٢-الاستحسان في المسألة؛ وجه هذا الاستحسان العرف والحاجة، قالوا: فما جرى به العرف في المعاوضة يعد مالاً[٩].

---

(١) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤٩٩).

(٢) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٥١٨).

(٣) انظر: الدر المختار ورد المحتار عليه: (٤/ ٣٨٣-٣٨٢، ٥١٩-٥١٨)، والأشباه والنظائر مع حاشية الحموي: (١/ ١٣٦)، والفتاوى الهندية: (٥/ ٢٣، ٤٩) والفتاوى الخيرية: (١/ ١٨٠).

(٤) انظر: شرح الزرقاني مع حاشية البناني عليه: (٦/ ١٢٨)، وفتح العلي المالك: (٢/ ٢٥٠-٢٤٩) والفروق للقرافي .

(٥) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: (٣/ ٣).

(٦) انظر: مطالب أولي النهى: (٤/ ٣٧٠).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٣٨٢، ٥٢٠).

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٠٤).

(٩) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٤/ ٥١٩).

=

٣-القياس على ترك المرأة قسمها لصاحبتها؛ لأن كلاً منهما مجرد إسقاط للحق[١].

قال العيني في فتاواه: «ليس للنزول شيء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوا ذلك للضرورة، واشترطوا إمضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع...، وقال: إنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية قياساً على ترك المرأة قسمها لصاحبتها...»[٢].

ولقائل أن يقول بمنع هذا القياس لوجود الخلاف فيه، وبهذا يهون الاستدلال به.

٤-بنزول الحسن بن علي -رضي الله عنهما- عن الخلافة لمعاوية بن أبي سفيان -رضي الله عنهما- إذا تنازل عن الخلافة وقبل الراتب[٣].

الاستدلال بهذه الوقعة واه جداً؛ لأن الذي أخذه الحسن ﷺ ليس عوضاً عن الخلافة، بل إن الخلفاء قد تعودوا منح الرواتب لكبار الصحابة والتابعين.

٥-القياس على أنه يجوز للمتولي النظر في الأوقاف عزل نفسه عند القاضي، وإن من العزل الفراغ لغيره عن وظيفة النظر وغيره، وأنه لا ينعزل بمجرد عزل نفسه، وقد جرى العرف بالفراغ بعوض[٤].

يمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأنه عرف خاص لا اعتبار له في الشرع ولا يعارض النصوص الدالة على تحريم أخذ أموال الناس بالباطل.

٦-لأن هذا الحق ثابت بصاحبه أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه فينبغي أن يلحق بالوصية بالخدمة والصلح عن الألف على خمسمائة لا بحق الشفعة للشفيع، ولا بحق القسم للزوجة.

ويتحرر هذا القياس بأن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه بتقرير القاضي على وجه الأصالة لا على وجه رفع الضرر بإلحاقها بحق الموصي له بالخدمة وحق القصاص وما بعده أولى بإلحاقها بحق الشفعة والقسم ولذا لا يستشكل هذا بما مر من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم فإنه يمنع جواز أخذ العوض هنا.

---

(١) انظر: المصدر السابق: (٤/ ٥١٩).

(٢) انظر: المصدر السابق بتصرف وحذف.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٢٠).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٢٠-٥١٩).

=

وذلك لأن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه؛ لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك فلا يستحق شيئاً، أما حق الموصىٰ له بالخدمة فليس كذلك، بل ثبت له علىٰ وجه البر والصلة فيكون ثابتاً له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره ومثله ما ذكر من حق القصاص والنكاح والرق[1].

قال ابن عابدين مؤيداً لهذا القول واختياره له: «وهذا كلام وجيه لا يخفىٰ علىٰ نبيه، وبه اندفع ما ذكره بعض محشي ـ الأشباه من أن المال الذي يأخذه النازل عن الوظيفة رشوة وهي حرام بالنص، والعرف لا يعارض النص، وجه الدفع كما علمت من أنه صلح عن حق كما في نظائره والرشوة لا تكون بحق ... قال: وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس علىٰ إطلا قه، ورأيت بخط بعض العلماء عن المفتي أبي السعود أنه أفتىٰ بجواز أخذ العوض في حق القرار والتصرف، وعدم صحة الرجوع. وبالجملة: فالمسألة ظنية، والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال وإن كان الأظهر ما قلنا فالأولىٰ أنه ينبغي الإبراء العام بعده...»[2].

وقال ابن عابدين أيضاً: «إن شيخ الإ سلام زكريا من الشافعية، والشيخ نور الدين الدميري[3] من المالكية، والشعبي[4] من الحنابلة أفتىٰ كل منهم بجواز وحل النزول عن الوظائف في الوقف نظير ما يأخذه النازل من مال عوضاً عن نزوله عن الوظيفة، وفي هذا إشارة إلىٰ جواز أخذ العوض عن إسقاط الحق عندهم»[5].

الذي يظهر لي هو القول بعدم جواز الاعتياض عنه، وذلك لما يأتي:

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٢٠).

(٢) انظر: المصدر السابق: (٤/ ٥٢٠).

(٣) هو شيخ المالكية نور الدين أبو الحسن علي بن عبد الله بن علي السنهوري الدميري، أخذ الفقه عن النويري. انظر: مواهب الجليل ص(١/ ٨).

(٤) هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار، ولد سنة ٢١هجرية في خلافة عمر بن الخطاب >، توفي سنة ١٠٥هـ، وله روايات وأخرج له الجماعة. انظر: سير أعلام النبلاء: (٤/ ٢٩٧-٢٩٤) و شذرات الذهب (١/ ١٢٦).

(٥) الفتاوىٰ الحامدية: (١/ ٢٢٤).

وكذلك انظر: حاشية البناني علىٰ الزرقاني: (٦/ ١٢٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٢٧)، وشرح منتهىٰ الإرادات: (٢/ ٢٤٨).

١-لأن حق الوظيفة لا يعتبر حقاً عرفاً إذ ليس فيه منفعة ولا انتفاع والحق لابد أن يشتمل على أحدهما.

٢-ولأن العلماء قد استدلوا بعرف زمانهم على جواز الاعتياض عن الوظائف العامة، فالأولى التمسك بعرف زماننا، وأن نقول بعدم جواز النزول عن الوظائف بمال في هذا الزمان لعدم جريان العرف فيه. والله أعلم بالصواب.

١٤-**ومنها:** مسألة أخذ بدل الخلع لمن ملك الطلاق، فهل يملك بدله بأن يجوز له الاعتياض عنه أم لا؟ .... اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يجوز للزوج أخذ بدل الخلع

وهذا قول عامة فقهاء الأمصار، بل نقلوا الإجماع عليه(١).قال ابن عبد البر: «لا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني(٢)»(٣).

قال ابن قدامة: «بهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز، ... وهو قول عمر(٤)، وعثمان(٥)، وعلي(٦)، وغيرهم من الصحابة -رضي الله عنهم- ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف، فيكون إجماعاً»(٧).

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿ووۋۋىېېېىئائائه﴾(٨). الآية تدل على أن المرأة لو أرادت أن تفتدي نفسها

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية: (٥/ ٥٠٧)، واللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩-١٨٨)، والاستذكار: (١٧/ ١٧٥)، والتمهيد: (٢٣/ ٣٧٥)، والحاوي الكبير: (١٠/ ٥)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٢)، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٦٧) وما بعدها، والشرح الكبير (٢٢/ ٧) وما بعدها .

(٢) هو بكر بن عبد الله بن عمرو أبو عبد الله المزني البصري، أحد الفقهاء الأعلام بالبصرة، توفي سنة ١٠٨هـ.
انظر: العبر: (١/ ١٣٣)، وشذرات الذهب: (١/ ١٣٥) .

(٣) انظر: الاستذكار: (١٧/ ١٧٥).

(٤) انظر: المصنف لعبد الرزاق الصنعاني: (٦/ ٤٩٤).

(٥) انظر: السنن الكبرى للبيهقي: (٧/ ٣١٦)، والمصنف لابن أبي شيبة: (٥/ ١١٦).

(٦) انظر: المصنف لعبد الرزاق الصنعاني: (٦/ ٤٩٥).

(٧) انظر: الشرح الكبير (٢٢/ ٠٧)، وكذلك انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٥)، والسلسبيل في معرفة الدليل (٢/ ٣٧٧).

(٨) الآية: (٢٢٩) من سورة البقرة.

=

بعوض من زوجها فلك ذلك، وبناء على ذلك يجوز للزوج أن يأخذ منها مقابل ما يملك من الطلاق.

٢-ما ثبت أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله ﷺ: «ما شأنك» قالت: لا أنا ولا ثابت[١]. لزوجها، فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ: «هذه حبيبة بنت سهل»[٢]، فذكرت ما شاء الله ان تذكر. وقالت حبيبة: يا رسول الله! كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: خذ منها، فأخذ منها وجلست في أهلها[٣].

في رواية للبخاري[٤]: فقال رسول الله ﷺ : «**أتردين عليه حديقته؟**» قالت: نعم، فردتها عليه، وأمره ففارقها .

دل الحديث على جواز الخلع كما يدل على جواز الاعتياض عن عقد النكاح إذا دعت الحاجة إليه.

٣-ولأنه لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع، فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع[٥].

٤-ولأن حاجتها داعية إلى فرقته، ولا تصل إليها إلا ببذل العوض فأبيح لها ذلك كشراء المتاع[٦].

٥-ولأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، وإن لم يكن مالاً كالقصاص فجاز أخذ العوض عنه، والجامع وجود الالتزام من أهله[٧].

---

(١) هو ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري من نجباء الأصحاب، شهد بيعة الرضوان، استشهد يوم اليمامة .
انظر: الاستيعاب: (٢/ ٧٢)، وأسد الغابة: (١/ ٢٧٥)، والإصابة: (٢/ ١٤).

(٢) هي حبيبة بن سهل بن ثعلبة الأنصارية وكانت تحت ثابت بن قيس فاختلعت منه انظر: الإصابة: (٨/ ٨٢-٨١)، والموطأ للإمام مالك: (٢/ ٥٦٤).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (١/ ٥١٦) في باب الخلع من كتاب الطلاق، والنسائي في سننه: (٦/ ١٣٩-١٣٨) في: باب ما جاء في الخلع، من كتاب الطلاق والدارمي في سننه: (٢/ ١٦٣)، في: باب في الخلع من كتاب الطلاق، والإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٥٦٤)، والإمام أحمد في المسند: (٦/ ٤٣٤-٤٣٣)، وأصل القصة في صحيح البخاري: (٧/ ٦٠-٦١)، وأشار ابن قدامة إلى صحة القصة فقال: هذا حديث صحيح ثابت الإسناد. المغني: (١٠/ ٢٦٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: (٧/ ٦٠) في باب الخلع وكيفية الطلاق من كتاب الطلاق.

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (١٠/ ٥).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (٢٢/ ٧).

(٧) انظر: البناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٤).

القول الثاني: لا يجوز الاعتياض عن الطلاق، بناء على أن الخلع غير جائز. وهو قول أبي بكر بن عبد الله المزني[١].

قال: إن الخلع منسوخ بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ٱ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ﴾[٢].

فدلت هذه الآية على تحريم الخلع، ونسخ ما تقدم من إباحته.

أجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

١-دعوى النسخ لا يسمع حتى يثبت تعذر الجمع ولم يثبت ذلك[٣].

٢-إن هذه الأمة منعت من أخذ مالم تطب به نفساً، ولم تمنع مما بذلته بطيب نفس واختيار كما قال تعالى: ﴿ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ۓ ۓ﴾[٤][٥].

٣-إن الآية الناسخة لابد أن تكون متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك[٦].

قال العيني: «لأن شرط النسخ تأخير تاريخ الناسخ والاختلاف وتعذر الجمع ولم يوجد واحد منهما»[٧].

بعد هذا البيان في المسألة **الذي يظهر لي** هو القول بجواز الاعتياض عن ملك النكاح، وجواز أخذ بدل الخلع وذلك لقوة ما استدلوا به، ولعموم النصوص الدالة عليه ولعدم ثبوت النسخ في المسألة كما ذكره الإمام بكر بن عبد الله المزني. والله أعلم بالصواب وإليه المآب.

١٥-ومنها: لو خالع الزوج امرأته على عوض محرم أو غير مال مثل: أن يخالعها على خمر أو حر أو خنزير أو ميتة أو نحو ذلك أو على عوض يظنه مالاً فبان غير مال مثل أن يخالعها على عبد تعينه،

---

(١) انظر: الاستذكار: (١٧/ ١٧٥)، والتمهيد: (٣/ ٣٧٥)، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٦٨)، والحاوي الكبير: (١٠/ ٤).

(٢) الآية: (٢٠) من سورة النساء.

(٣) انظر: المغني: (١٠/ ٢٦٨)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٧).

(٤) الآية: (٤) من سورة النساء .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٤).

(٦) انظر: المغني: (١٠/ ٢٦٨)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٧).

(٧) البناية شرح الهداية: (٥/ ٥٠٧).

=

فيبين حراً أو مغصوباً أو على خل فيبين خمراً أو نحو ذلك فهل يملك الزوج بدله أم لا؟[١].

هذه المسألة لها وجهان:

الوجه الأول: أن يخالعها على عوض محرم أو غير مال كالخمر والحر والخنزير والميتة فهل يملك الزوج بدله أم لا؟، وهو بالوجه المذكور على حالين أيضاً:

الحال الأول: أن يعلم الزوجان كلاهما أو الزوج عند خلعها تحريم ذلك أعني تحريم المخالع به فهل يملك بدله على أنه ملك شيئاً لا يجوز تملكه فاستحق بدله أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: إنهما إذا كانا يعلمان ذلك فلا شيء له ولا يستحق شيئاً من بدله، وهذا مذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والحنابلة[٤].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- لأنها لم تسم له مالاً متقوماً، فلا يستحق شيئاً؛ لأن المسمى لا يجب في الإسلام لتحريمه، وغيره لا يجب لعدم الالتزام[٥].

٢- لأنها لم تغرره بالمسمى، وإنما رضي بالمسمى مع كونه غير متقوم برضاه بغير مال إذاً فلا يستحق شيئاً برضاه[٦].

٣- لأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، فإذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو

---

(١) انظر: تفصيل المسألة في البناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٥)، وفتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ١٤٥)، وجواهر الإكليل: (١/ ٣٣١)، والحاوي الكبير: (١٠/ ٦١) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٦-٢٩٤).

(٢) انظر: البناية: (٥/ ٥١٥)، وفتح باب العناية: (٢/ ١٤٥)، واللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩).

(٣) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: (١٠/ ٣٥٠-٣٤٨)، والشرح الصغير: (٢/ ٥٢٠)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٣٣١).

(٤) انظر: المغني (١٠/ ٢٩٥) وما بعدها، والشرح الكبير: (٢٢/ ٤٨-٤٧)، والإنصاف: (٢٢/ ٤٨-٤٧)، وكشاف القناع: (٥/ ٢٣٨-٢٣٩).

(٥) انظر: اللباب: (٢/ ١٨٩)، وفتح باب العناية: (٢/ ١٤٥).

(٦) انظر: البناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٥).

=

طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته بخلاف النكاح فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم. وهاهنا رضي الزوج بما لا قيمة له فلا يكون له شيء[١].

وخروج البضع من ملك الزوج لا يتقوم، ولا يكون استهلاكاً لمال يستحق قيمته لثلاثة أمور[٢].

الأول: جواز طلاقه في المرض الذي يمنع فيه ا ستهلاك ماله. ولا تكون قيمة البضع معتبرة من ثلثه كالعطايا والهبات.

والثاني: أنها لو قتلت نفساً فاستهلكت على الزوج بضعها لم يستحق الزوج عليها قيمته، ولو كان مالاً لوجب له عليها مهر المثل.

والثالث: أنه لا يجوز لأب الصغيرة أن يخالع عنها بمالها، ولو كان البضع مالاً لجاز أن يتملكه لها بمالها كما يجوز أن يشتري لها عقاراً.

واعترض على هذا الاستدلال بفساده لتقويمه في حقه إذا خالع على عوض فاسد[٣].

القول الثاني: إذا فسد المسمى له عليها مهر المثل، وهذا مذهب الشافعية[٤]، وفي قول لهم: يستحق الزوج عليها قيمة المسمى[٥].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنه معاوضة بالبضع، فإذا كان بعوض محرمٍ وجب مهر المثل كالنكاح[٦].

وتحرير هذا القياس: إنها إذا تزوجت برجل على خمر كان لها مهر المثل وإن علمت أنه خمر كما لو تزوجته على عصير فكان خمراً لا فرق بينهما، فكذلك في الخلع[٧].

يمكن أن يرد على هذا الاستدلال بما يلي:

أ-قياس الخلع على النكاح قياس مع الفارق، والفرق بينهما أن المعنى في الأصل أن الزوجة

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٦-٢٩٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (١٠/ ٦٣).

(٣) انظر: تفصيل الاعتراض في الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٥-٦٤).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٣)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٣) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٥).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٤).

=

تستحق مهرها ولو لم يسم به الزوج بدلالة النص، فالأولى أن تستحقه إذا فسد المسمى.

والمعنى في الفرع أنه قد علمه خمراً أو ما لا يتقوم، فرضي بخروج البضع بغير بدل، فلم يستحق فيه البدل، كما أن له أن يطلقها بغير عوض(١).

ب-ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بخلاف دخول البضع في ملك الزوج فإنه متقوم شرعاً إما بالمسمى وإما بمهر المثل، إذًا فلا قياس بينهما(٢).

ج-لو سلم أنه معاوضة بالبضع يمكن أن يكون معاوضة بغير عوض كالهبة فلا يلزم منه الرجوع إلى مهر المثل؛ لأنه غير متقوم حالة الخروج.

٢-لأنه هو المراد عند فساد العوض فيجب الرجوع إليه أي مهر المثل(٣).

ويرد على هذا بأنه المقصود في حالة الدخول، وأما حالة الخروج فلا يكون المقصود لكونه غير متقوم.

بعد هذا البيان **الذي يظهر لي** هو القول بعدم استحقاق البدل لقوة ما استدل به أصحاب القول الأول، ولصحة قياسهم في المسألة.

ولأنه لما جاز للزوج أن يرضى على طلاق امرأته بدون شيء جاز له أن يطلقها بما ليس بمال أو بما هو محرم مع علمه بذلك. والله أعلم بالصواب.

الحال الثاني: أن يجهل الزوجان كلاهما أو صاحب الحق منهما التحريم، فهل يملك بدله أم لا؟

اختلفوا في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يستحق الزوج شيئاً من بدله، وهو قول الحنفية(٤) والمالكية(٥) وبه قال القاضي

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٤).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٦-٢٩٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٥)، وفتح باب العناية: (٢/ ١٤٥) واللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩).

(٥) انظر: جواهر الإكليل: (١/ ٣٣١)، وشرح منح الجليل: (٤/ ٩).

=

حسين[1] من فقهاء الشافعية[2].

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الأول في المسألة السالفة.

القول الثاني: يستحق الزوج بدله وهو مذهب الحنابلة[3] وهو قول للشافعية[4] لأنه لم يرض بغير عوض متقوم، فيرجع بحكم الغرور كمن خالعها على عبد فبان حراً[5].

القول الثالث: الزوج يرجع عليها بمهر المثل. وهو مذهب الشافعية[6]؛ لأنه هو المراد عند فساد العوض كمن خالعها على عوض فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها رجع عليها بمهر المثل[7].

الذي يظهر لي هو القول الأول، وهو عدم استحقاق الزوج لشيء من المخالع به؛ وذلك لفساد المسمى لكونه ليس بمال أصلاً كما لو خالعها بمجهول أو بغير عوض، ولأنها لم تغرره فيما سمت به بخلاف ما لو خالعها على عبد فبان حراً.

ولأنه لم يملك شيئاً؛ لفساد المسمى، فكيف يملك بدل ما لا يتملك وما لا يصح الاعتياض عنه. والله أعلم بالصواب.

الوجه الثاني: أن يخالعها على عوض يظنه مالاً، فبان غير مال فهو عند التسمية مال متقوم مثل: أن يخالعها على عبد تعينه، فيبين حراً أو مغصوباً أو على خل فيبين خمراً أو نحو ذلك فهل يستحق الزوج شيئاً من بدل الخلع أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

---

(١) هو الإمام الحسين بن محمد أبو علي المروزي يعرف بالقاضي حسين، قال النووي: هو من أصحاب الوجوه وله التعليق الكبير في الفقه، توفي سنة ٤٦٢هـ . انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/ ١٦٤) و العبر (٢/ ٣١٣-٣١٢) و شذرات الذهب (٣/ ٣١٠).

(٢) انظر: فتح العزيز: (٨/ ٤١٩).

(٣) انظر: الإنصاف: (٢٢/ ٤٩).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦١)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٣)، وفتح العزيز شرح الوجيز للغزالي: (٨/ ٤١٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٦)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٤٨).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦١)، وفتح العزيز: (٨/ ٤١٩)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٣).

(٧) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

=

القول الأول: إن الزوج يستحق بدل المسمىٰ مقدراً بقيمته أو مثله.

وهو قول أكثر أهل العلم(١)، منهم فقهاء المالكية(٢)، والحنابلة(٣)، والصاحبان من الحنفية(٤)، وهو قول للشافعية أيضاً(٥)، وهو قول أبي ثور (٦) (٧).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح؛ ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان من ذوات القيم مثل العبد أو بمثله إذا كان من ذوات الأمثال مثل الخلّ؛ وذلك لفساد العوض(٨).

٢-إنها عين يجب تسليمها مع سلامتها، وبقاء سبب الاستحقاق، فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار(٩).

٣-ولأن هذه كمسألة الغرور، بأن خالعها علىٰ هذا الدن (١٠) الخل، فبان خمراً لأنها سمت مالاً، فصار مغروراً فله أن يرجع عليها ببدله(١١).

القول الثاني: له أن يرجع عليها بمهر المثل. وهو مذهب الشافعية(١٢).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٥).

(٢) انظر: جواهر الإكليل: (١/ ٣٣١)، وشرح منح الجليل: (٤/ ٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٥)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٥٠)، والإنصاف: (٢/ ٤٩) وما بعدها .

(٤) انظر: البناية شرح الهداية: (١٥/ ٥١٥).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦١)، وفتح العزيز: (٨/ ٤١٩).

(٦) هو أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي مفتي العراق، ولد في حدود سنة ١٧٠هـ وتوفي سنة ٢٤٠هـ. انظر: وفيات الأعيان (١/ ٢٦) وطبقات الشافعية للسبكي (٢/ ٨٠-٧٤) وشذرات الذهب (٢/ ٩٤-٩٣).

(٧) انظر: المغني: (١٠/ ٢٩٥)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٥٠).

(٨) انظر: الشرح الكبير: (٢٢/ ٥٠).

(٩) انظر: المغني: (١٠/ ٢٩٥)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٥١)، والمبدع: (٧/ ٢٣١).

(١٠) هو الراقود العظيم. انظر: القاموس المحيط (١٥٤٥).

(١١) انظر: اللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩).

(١٢) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٣)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥)، وفتح العزيز: (٨/ ٤١٩).

=

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١-إنه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر[١].

٢-أما الرجوع إلى مهر المثل؛ فلأن قضية فساد العوض ارتداد العوض الآخر، والبضع لا يرتد بعد حصول الفرقة، فوجب رد بدله على ما سبق في فساد الصداق[٢].

ويرد على هذا الاستدلال ما سبق من اعتراضات في المسألة الأولى.

القول الثالث: يرجع عليها بالمهر الذي دفع إليها، وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله-[٣] وا ستدل بما يأتي:

١-لأن خروج البضع في الخلع لا قيمة له، فإذا غرته رجع عليها بما أخذت[٤].

٢-لأنها غرته عند تسـميتها بالمال كما لو قالت له: خالعني على ما في يدي من مال، ولم يكن في يدها شيء ، ولأنها لما سـمت مالاً لم يكن الزوج راضـياً بالزوال إلا بالعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته لفساد العوض أو للجهالة وكذلك لا وجه إلى إيجاب قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر[٥].

الذي يظهر لي هو القول برجوع الزوج عليها ببدل المسمى، وهو القول الأول، وذلك لصحة النظر في المسألة، وهو القياس على مسألة الغرور.

ولأنه عند فساد المسمى لتحريمه أو للجهالة ليس له أن يرجع عليها إلا ببدله إما بالمثل إن كان من ذوات الأمثال أو بالقيمة إن كان من ذوات القيم، كما في المعاوضات الأخرى، ولا يصح له أن يرجع بقيمة البضع؛ لأنها ليست مما خالعت به، ولا من بدله، ولأن البضع غير متقوم شرعاً في حالة الخروج بخلاف النكاح[٦]؛ وعلى هذا قياس الخلع على النكاح قياس مع الفارق كما ذكرناه. والله أعلم

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (١٠/ ٦٣)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

(٢) انظر: فتح العزيز: (٨/ ٤١٨).

(٣) انظر: اللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩)، والبناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٥).

(٤) انظر: البناية: (٥/ ٥١٦)، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٩٥)، والشرح الكبير: (٢٢/ ٥١-٥٠).

(٥) انظر: الهداية: (٥/ ٥١٩)، واللباب شرح الكتاب: (٢/ ١٨٩)، والبناية: (٥/ ٥١٩).

(٦) انظر: البناية شرح الهداية: (٥/ ٥١٦).

بالصواب.

المبحث الخامس: قاعدة: الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان

هذه القاعدة من القواعد والأصول التي لها صلة بمحل الملك، وهي بالصيغة المذكورة تدل على إثبات الملك في المضمونات. وتأتي دراسة هذه القاعدة على النحو التالي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة من القواعد المهمة في باب إثبات الملك في المضمونات، وهي تحوي جانباً كبيراً من جوانب محالّ الملك. وهي باللفظ المذكور من القواعد التي سطرها فقهاء الحنفية في مواطن التعليل، وتشهد لها عباراتهم، منها:

ما جاء في المبسوط[1]: «وإن استحقت الدابة من يد المستأجر، وقد هلكت عنده، فضمن قيمتها، رجع على الذي أجرها منه؛ لأنه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان، فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه، ولا يملكها المستأجر بضمان القيمة؛ لأن الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الأجر، ولا أجر للمستحق على أحد...» .

وأشار إلى هذا الأصل صاحب تأسيس النظر: « الأصل عندنا (الحنفية) أن المضمونات تملك بالضمان السابق، ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان إذا كان المملوك مما يجب تملكه بالتراضي، وعند الشافعي المضمونات لا تملك بالضمان[2]."

وجاء في المبسوط ما يؤكد معنى القاعدة: «لا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان»[3].

وجاءت القاعدة بلفظ: «المضمونات تملك بالضمان» وفي بدائع الصنائع[4]: «فإن سلم إلى حداد حديداً، ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس با ستصناع بل هو ا ستئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر ا ستحق الأجر، وإن أفسد فله أن يضمنه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه

(١) المبسوط للسرخسي: (١٥/ ١٨٣).

(٢) انظر: تأسيس النظر: ص(٧٦، ١١٥).

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ١١٧) كتاب الوديعة .

(٤) بدائع الصنائع: (٥/ ٤) كتاب الاستصناع.

آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان...» .

وذكر الكاساني أيضاً عند بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا : "ولو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف... لأن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره دلالة، فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه، وبيان ذلك أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من المضمون؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمان؛ فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري، فيصير قابضاً؛ لأن فعل الأجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه[1].

ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الهداية ومفاده: من غصب عبداً، فاستغله، فنقصته الغلة فعليه النقصان، ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-، ولا يتصدق عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه يطيب له وذلك لأنه حصل في ضمانه وملكه، أما الضمان فظاهر، وكما الملك في المضمون؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا[2].

قال العيني: " أي حال كون التملك مسنداً إلى وقت الضمان، فيكون مالكاً تملك من وقت الضمان، فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض[3]."

ويشهد لهذا المعنى أيضاً ما ذكره صاحب جواهر الإكليل شرح مختصر خليل[4]: «وضمن الغاصب الشيء المغصوب بمجرد الاستيلاء عليه وحوزه ولو تلف بسماوي أو جناية غيره... كنقرة[5]، صيغت حلياً بعد غصبها، فليس لربها أخذها مصوغة لفواتها بالصياغة، وإنما له مثلها وزناً و صفة وكطين لُبّن، وقمح طُحِنَ، وبذر زُرع، وإن صنع أي أتلف الغاصب مغصوباً مقوماً كغزل وحلي وغير مثلي كعرض وحيوان فقيمة المغصوب تلزم الغاصب معتبرة يوم غصبه على المشهور...

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٧-٢٤٦).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير: (٩/ ٣٣٥-٣٣٤).

(٣) انظر: البناية: (١١/ ١٩٩)، وكذلك انظر: فتح القدير: (٩/ ٣٣٦-٣٣٥).

(٤) انظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: (٢/ ١٤٩)، بحذف وتصرف.

(٥) النقرة القصعة المذابة من الذهب أو الفضة. وقيل: هي قطعة مسبوكة من ذهب أو فضة، وقيل: سبكها تسمى تبراً، انظر: المعجم الوسيط: (٢/ ٩٤٥)، وشرح منح الجليل: (٧/ ٩٥)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٤٩).

=

والصواب أن القيمة لازمة له في ذلك كله لجواز الانتفاع به...» .

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها من الأحكام:

أ- تعريف الضمان والمقصود به في القاعدة:

١-الضمان لغة:

الضمان مصدر ضَمَنَ الشيءَ وبه ضماناً وضَمْناً فهو ضَامن، وَضَمِيْنٌ: إذا التزمه، وكفله ويتعدى بالتضعيف فيقال: ضمنته المال تضميناً: ألزمته إياه[١]، وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه[٢].

قال القاضي أبو يعلى: «وهو مشتق من التضمن[٣]، أو التضمين[٤]؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمان، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه»[٥].

قال ابن قدامة: «واشتقاقه من الضم[٦]؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه»[٧].

قال الماوردي: «والزعيم الضمين، وكذلك الكفيل والحميل والصبير، ومعنى جميعها واحد غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم...»[٨].

٢-الضمان اصطلاحاً:

عرف الفقهاء -رحمهم الله- الضمان بعدة تعريفات منها:

١-عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً[٩].

---

(١) انظر: الصحاح للجوهري: (٦/ ٢١٥٥)، والقاموس المحيط: ص (١٥٦٤)، والمصباح المنير: ص (١٣٨).

(٢) انظر: الصحاح: (٦/ ٢١٥٥)، والكليات للكفوي: ص (٥٧٥).

(٣) انظر: المطلع: ص (٢٩٧).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٧١).

(٥) انظر: المطلع على ألفاظ المقنع: ص (٢٩٧). المصباح المنير: ص (١٣٨) وكذلك المطلع: ص (٢٩٨). منتقى الينبوع: (٣/ ٤٧٣).

(٦) انظر: المغني: (٧/ ٧١).

(٧) انظر: المطلع: ص (٢٩٨).

(٨) الحاوي الكبير للماوردي: (٦/ ٤٣١).

(٩) انظر: الكليات: ص (٥٧٥)، والتعريفات الفقهية: ص (٣٥٩)، شرح الحموي على الأشباه: (٤/ ٦)، المجلة: =

٣-عبارة عن الالتزام إما لما ثبت في ذمة الغير من المال وإما لإحضـــار من عليه حق لآدمي، ويطلق أيضاً على العقد الذي يحصل به الالتزام[١].

والضمان في اصطلاح الفقهاء يطلق على المعاني التالية[٢]:

أ-يطلق على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء[٣].

ب-يطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات الطارئة.

ج-يطلق على وضع اليد على المال بغير حق أو بحق على العموم.

د-يطلق على ما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات ضماناً للأنفس والأروش ضماناً لما دونها.

هـ-يطلق على ضمان المال والتزامه بعقد وبغير عقد.

والمقصود بالضمان في القاعدة: هو ضمان المتلفات والغصوب ونحوها.

ب- أسباب الضمان عند الفقهاء:[٤]

اختلف الفقهاء في تعدد أسباب الضمان:

فالضمان عند الشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، ما يلي:

١-العقد: كالمبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم في عقد البيع.

٢-اليد: مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة إذا حصل التعدي، أو غير مؤتمنة كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسداً.

(٤١٦/٢).

(١) انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٤٧٣)، وحاشية القليوبي: (٢/ ٣٢٣).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية: (٢٨/ ٢١٩) وما بعدها .

(٣) انظر: بدائع الصـــنائع: (٦/ ٩)، وفتح القدير: (٥/ ٤٠٢)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٩٤)، وكشـــاف القناع: (٣/ ٣٦٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٠٣).

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية: (٢٨/ ٢١٩) وما بعدها .

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٢).

(٦) انظر: القواعد لابن رجب: ص (٢٠٤).

=

٣-الإتلاف: نفساً أو مالاً:

وزاد الشافعية: الحيلولة، كما لو نقل المغصوب إلى بلد آخر وأبعده، فللمالك المطالبة بالقيمة في الحال، للحيلولة قطعاً، فإذا رده ردّها[1].

وجعل المالكية[2] أسباب الضمان ثلاثة:

١-الإتلاف مباشرة، كإحراق الثوب.

٢-التسبب للإتلاف، كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه مما شأنه في العادة أن يفضي- غالباً للإتلاف.

٣-وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج فيها يد الغاصب، والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض.

ج- أقسام المضمونات:

أ-المضمونات من حيث ذواتها خمسة أقسام وهي:

الأول: الأعيان المضمونة:

الأصل في باب الضمان أن الأمانات يجب تسليمها بذاتها، وأداؤها فور طلبها، بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ۋۋۋۋۋۋۋو﴾[3].

والمضمونات تضمن بالإتلاف، وبالتلف ولو كان سماوياً.

والأعيان المضمونة نوعان عند الحنفية[4]:

الأول: الأعيان المضمونة بنفسها، وهي التي يجب بهلاكها ضمان المثل أو القيمة كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، والمهر في يد الزوج وبدل الخلع.

والثاني: الأعيان المضمونة بغيرها، وهي التي يجب بهلاكها الثمن أو الدين كمبيع إذا هلك قبل القبض سقط الثمن، والرهن إذا هلك سقط الدين.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٣-٣٦٢).

(٢) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٢٧)، الفرق: ص (٢١٧).

(٣) الآية: (٥٨) من سورة النساء.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٧) والدر المختار: (٤/ ٢٦٨).

وعند المالكية[١]: الأعيان المضمونة، إما أن تكون مضمونة بسبب العدوان، وإما أن تكون مضمونة بسبب قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك على وجه انتقال تملكه إليه، فهو ضامن أيضاً سواء كان فاسداً أو صحيحاً.

وعند الحنابلة[٢]: الأعيان المضمونة هي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف والمقبوض بعقد فاسد ونحوها.

الثاني: المنافع المضمونة بناء على أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، فتضمن بالإتلاف كضمان الأعيان [٣].

الثالث:الزوائد المضمونة مثل زوائد المغصوب ونمائهو كذلك زوائد المقبوض بشراء فاسد.[٤]

الرابع: النواقص المضمونة و هي كنقص الأموال بسبب الغصب أو الفعل الضار أو الإتلاف[٥].

الخامس: الأوصاف المضمونة: تضمن الأوصاف بسبب فواتها أو أتلافها بالتعدي عليها[٦]،

ب-وقد أوصل السيوطي أنواع المضمون إلى ستة عشر نوعاً وهي[٧]:

١-المغصوب فالمثل في المثلي، والقيمة في المقوم.

٢-المتلفات بغير الغصب كما سبق.

٣-المبيع إذا تقايلا، وهو تالف.

---

(١) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٣٨٧)، والقوانين الفقهية: ص (٢٢٠).

(٢) انظر: القواعد لابن رجب: ص (٣٠٨-٥٤).

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ٧٩) و تبيين الحقائق: (٥/ ٢٣٤) و الموافقات للشاطبي: (٢/ ١٧).

(٤) انظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٢٣٢)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٦٠). و شرح المحلى على المنهاج: (٣/ ٣٢-٣١)، و المغني: (٥/ ٣٩٩)، وكشاف القناع: (٤/ ٨٧)، والروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع: (١/ ٢٤٩).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٥٥)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٩٩)، و بداية المجتهد: (٢/ ٣٨٨)، والقوانين الفقهية: ص(٢١٧)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٥١)، وشرح المحلى مع حاشية العليوبي: (٣/ ٣٩)، والمغني شرح الكبير: (٥/ ٣٨٥)، وكشاف القناع: (٣/ ٩١). .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٥٥)، ومجمع الضمانات: ص (١٣٣)، والشرح الكبير للدردير: (٣/ ٤٥٤-٤٥٣-٤٥٢)، ومنح الجليل: (٣/ ٥٣٧)، وكشاف القناع: (٤/ ٩٣-٩٢-٩١)، والمغني بالشرح الكبير: (٥/ ٤٠٢-٤٠٠).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٠-٣٥٦).

٤-الثمن، إذا تلف ورد المبيع بعيب أو غيره.

٥-اللقطة، إذا جاء مالكها بعد التملك وهي تالفة.

٦-المبيع، إذا تخالفا وفسخ، وهو تالف.

٧-المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف، وكذلك المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على خيار التعيين.

٨-القرض، وفيه: المثلي بالمثلي، والقيمة أيضاً في المتقوم.

٩-ما أداه الضامن عن المضمون عنه.

١٠-العارية، وجوب القيمة فيها يشمل المتقوم والمثلي.

١١-المستام، وفيه القيمة مطلقاً.

١٢-المعجل في الزكاة، إذا ثبت استرداده، وهو تالف، وفيه المثل أو القيمة.

١٣-الصداق، إذا تشطر، وهو تالف، وفيه المثل أو القيمة.

١٤-الصداق إذا تشطر وهو معيب.

١٥-الصيد إذا تلف في الحرم أو الإحرام، وفيه المثل صورة والقيمة فيما لا مثل له.

١٦-لبن المصراة وفيه التمر، لا مثله ولا قيمته.

جـ-المضمونات باعتبار ثبوت العقود عليها أربعة أنواع[١]:

الأول: ما يضمن ضمان عقد قطعاً، وهو: ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح.

الثاني: ما يضمن ضمان يد قطعاً كالعواري والمغصوب، ونحوها.

الثالث: ما هو خلاف، والأصح: أنه ضمان عقد كمعين الصداق والخلع والصلح عن الدم وجعل الجعالة.

الرابع: عكسه، وذلك في صور العلج .

والفرق بين ضمان العقد واليد، أن ضمان العقد مراده: ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله، و ضمان

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٢-٣٦١).

=

اليد، مراده: المثل أو القيمة [١] .

ثالثاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة والأدلة عليها:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها على قولين:

القول الأول: صحة هذه القاعدة، وبناء عليه أن الملك يقع في المضمون لمن يتقرر عليه الضمان، وأن المضمونات تملك بأداء الضمان.

وهذا مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

واستدلوا بأدلة منها:

١-قوله ﷺ: **"الخراج بالضمان"**[٤] وهو من القواعد العامة المشهورة لدى الفقهاء[٥].

وهو يدل على أن منافع الشيء وغلاته يستحقها من يلزمه ضمانه لو هلك، فتكون المنفعة في مقابل تحمله فما لم يدخل في ضمانه لا يستحق منافعه ومن هنا يثبت الملك في المضمون لمن يتقرر عليه الضمان.

٢-ولأن النبي صلى الله عليه وسلم : **نهى عن ربح ما لم يضمن**[٦].

وجه الاستدلال منه: أنه يدل بمفهومه على أن الربح الحاصل يملكه من يلزمه ضمانه.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٢-٣٦١). .

(٢) انظر: المبسوط (١٦/ ١٤)، و بدائع الصنائع (٧/ ١٥٢)، واللباب شرح الكتاب (٢/ ١٩٢)، وتبيين الحقائق (٥/ ٣٢٥).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٣١٥)، والشرح الصغير (٣/ ٩٠٧)، وشرح الرسالة (٢/ ٢٢٠).

(٤) الحديث سبق تخريجه.ص (٣٦)

(٥) انظر: درر الحكام (٢/ ١١١-١٠٩)، ومجمع الضمانات (ص١٤٩)، وجامع الفصولين (٢/ ٨٨)، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٨٧).

(٦)الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٢٥٤) في باب في الرجل يبيع ما ليس عنده من كتاب البيوع، والترمذي في سننه (٥/ ٢٤٢) في باب ما جاء في كراهية البيع ما ليس عندك من أبواب البيوع، وأخرجه النسائي في سننه (٧/ ٢٥٤) في باب بيع ما ليس عند البائع من كتاب البيوع، وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢/ ٧٣٧) في باب النهي عن بيع ما ليس عندك من كتاب التجارات والإمام احمد في مسنده (٢/ ٢٠٥،١٧٩،١٧٥). والحديث حسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٢٢٣).

=

٣-ولأن الضمان يقتضي التمليك[١]، فلو لم يقتضه فلا معنى للتضمين.

٤-وا ستدلوا بقاعدة مشهورة عندهم وهي **"الأجر والضمان لا يجتمعان"**[٢] وذلك لأن وجوب الضـــمان ينافي إثبات الأجر، إذ الأجر هو بدل المنفعة، والضـــمان هو الالتزام بقيمة العين المنتفع بها هلكت أو لم تهلك، فكيف يجتمع بدل المنفعة لعين مع ضمانها في ملك شخص واحد؟

القول الثاني: أن المضمونات لا تملك بأداء الضمان، وعلى هذا لا اعتبار لهذه القاعدة.

وهذا مذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

١-وذلك لأن الضمان يجب لحق الآدمي وهو ينافي التمليك؛ لأن الإنسان لا يضمن ما يملك، ولا يجب عليه الضمان في ملك نفسه[٥] .

٢-ولأن تصرف الإنسان في ملك نفسه لا يعتبر تعدياً ولا إتلافاً وبالتالي لا يجب عليه الضمان[٦].

والذي يظهر لي هو القول باعتبار صـــحة هذه القاعدة و ذلك للأصـــل المقرر عندهم و هو الخراج بالضمان. والله أعلم بالصواب.

رابعاً : الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة عدة من الفروع الفقهية، أذكر هنا شيئاً منها:

١-المال المغصوب هل يملكه الغاصب بأداء الضمان المتقرر عليه أم لا؟ سبق الكلام على المسألة في أسباب الملكية.

وللفقهاء رحمهم الله تفصيل في المسألة على الاتجاهات التالية:

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٨٥)، وكتاب الأصل (٣/ ٤٥).

(٣) انظر: المهذب (١/ ٣٦٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٩-٢٧٧)، والميزان للشعراني (٢/ ٨٩ وما بعدها)، وتخريج الفروع على الأصول (ص١٠٧).

(٤) انظر: كشاف القناع (٤/ ١٢٠)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٢٥٣-٢٥١)، وغاية المنتهى (٣/ ٣٤٤).

(٥)انظر:المهذب: (١/ ٣٦٨) .

(٦)انظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٧٩-٢٧٧).

=

الاتجاه الأول: ذكر فقهاء الحنفية[١]: يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك المالك، وينتج عن التملك أن الغاصب لو تصرف في المغصوب بالبيع أو الهبة أو الصدقة قبل أداء الضمان ينفذ تصرفه كما تنفذ تصرفات المشتري في المشتري شراء فاسداً.

الاتجاه الثاني: وهو مذهب فقهاء المالكية[٢]، قالوا: يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن وكفالة خشية ضياع حق المالك، لكن لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه أي فات فالأرجح أنه يجوز للغاصب الانتفاع به، لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته ومدلول هذا القول أن الغاصب يتملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف.

الاتجاه الثالث: وهو مذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤]، قالوا: لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة، لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين.كالشيء التالف لا يملكه بالإتلاف [٥].

والذي يظهر لي هو القول الأول بناء على القاعدة. وهذه المسألة تباشر مسألة اعتبار هذه القاعدة وصحتها. والله أعلم بالصواب

٢-ومنها: المال المسروق هل يتملكه السارق بأداء الضمان أم لا؟

اختلفوا في المسألة بناء على اختلافهم في القاعدة.[٦]

٣-ومنها: المقبوض في العقد الفاسد يملكه القابض بأداء الضمان عند فقهاء الحنفية، وبيان المسألة يأتي في قاعدة العقد الفاسد.

٤-ومنها: مسألة الجمع بين آخذ القيمة والغلة: صورتها: لو تلف المغصوب عند الغاصب فهل

---

(١) انظر: المبسوط (١٦/ ١٥)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٥٢ وما بعدها)، واللباب شرح الكتاب (٢/ ١٩٣).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣/ ٤٤٥)، والشرح الصغير (٣/ ٥٨٦).

(٣) انظر: المهذب (١/ ٣٦٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٩-٢٧٧).

(٤) انظر: كشاف القناع (٤/ ١٢٠، ١٢٣)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٢٥٣-٢٥١).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ٣٢٥).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٨٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٤٤٢)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٣٤٧)، والقوانين الفقهية (ص٣٦٠)، والمهذب (٢/ ٢٨٤)، وغاية المنتهى (٣/ ٣٤٤).

=

يجمع المالك بين أخذ القيمة وبين أخذ الغلة كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يجمع المالك بين أخذ قيمة وغلة، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً أي بأثر رجعي إلى وقت الغصب.

فتكون الغلة من حق الغاصب إذا أدى قيمة المغصوب إلى المالك، ولا يلزم الغاصب بالقيمة إلا بتلف المغصوب أو فواته، وهذا مذهب الحنفية(١) والمالكية.(٢)

القول الثاني: إنه بجمع المالك بين أخذ القيمة عند التلف، والغلة، وهذا مذهب الشافعية(٣)، والحنابلة.(٤)

لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب، فلزمه ضمانها، كما لو لم يدفع القيمة.

والأجرة أو الغلة في مقابلة ما يفوت من المنافع، لا في مقابلة أجزاء الشيء المغصوب، فتكون القيمة واجبة في مقابلة ذات الشيء، والغلة في مقابلة المنفعة.

ولأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك (٥) .

منشأ الخلاف في هذه المسألة هو هذه القاعدة، هل يملك الغاصب الشيء المغصوب بأداء الضمان أم لا؟

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لأن الرجل لا يضمن تالفاً مرتين من وجهين لأن الغصب و إن كان لا يصلح سبباً للملك لكونه عدواناً محضاً،إلا أن التضمين يجعله مفيداً له. والله تعالى أعلم بالصواب.

٥-**ومنها**: المقبوض بسوم الشراء إذا أتلف عند القابض هل يتملكه بأداء الضمان المتقرر عليه أم لا؟

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٩/ ٣٢٩) ط دار الفكر.

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣/ ٢٠٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٩،٢٩١).

(٤) انظر: كشاف القناع (٤/ ١٢٠، ١٢٣).

(٥) انظر: الشرح الكبير: (٣/ ٢٠٧) و مغني المحتاج: (٢/ ٢٩١) .

هذه نماذج من الفروع الفقهية وهي تنير لنا الطريق إلى معرفة أشــباهها ونظائرهما. والله ولي التوفيق.

المبحث السادس: قاعدة: الملك في المعاوضات لا يقف على القبض

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بمحل الملك أيضاً.

وهي تعالج بأسرها أحكام ثبوت الملك في المعاوضـات المالية وهي قاعدة منبثقة من قواعد القبض وأثره في ثبوت الملكية. ولها علاقة بمسألة وهي مدىٰ صحة عقود المعاوضات والتصرف فيها قبل القبض وهي تبين أيضـاً أهمية القبض في غير المعاوضـات. تتكون دراسـة القاعدة من المحاور الآتية :

أولاً : الكلام على أصل القاعدة، ووضعها :

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها النووي في روضـة الطالبين[1] وذكرها السـيوطي في الأشـباه والنظائر بلفظ : «: المبيع ونحوه من المعاوضات يملك بتمام العقد»[2].

وقد أشار إليها السرخسي في المبسوط بلفظ أخصر منها : «القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد»[3] وكذلك أشـار إليها كثير من الفقهاء[4] قال في بدائع الصـنائع[5] : «وكذا إذا صـالح علىٰ عبد، فإذا هو حر، لا يصح الصلح، لأنه تبين أن الصلح لم يصادف محله، و سواء كان المال عينا أو ديناً أو منفعة ليسـت بعين ولا دين، لأن العوض في المعاوضـات المطلقة قد يكون عيناً، وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض» .

قال ابن رجب في القواعد[6] : «القبض في العقود علىٰ قسمين :

أحدهما: أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم، والهبة اللازمة والصداق بالدخول وعوض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها.

---

(١) انظر : روضة الطالبين: (٥/ ٨٤) وكذلك ذكره الندوي عن الروضة: (٢/ ٤٦٥).

(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣١٨).

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي: (٥/ ٤٢).

(٤) انظر : شرح فتح القدير: (٤/ ٢١٩) والمجموع: (٩/ ٢٦٤) والمهذب: (١/ ٤١٥) والمبدع: (٥/ ١١٣).

(٥) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٤٢).

(٦) انظر : القواعد لإبن رجب: ص (٦٨) .

=

الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم، والربويات وفي الرهن، وفي الهبة، والوقف على رواية، والوصية على وجه...» هذه النصوص من الفقهاء تدل على أصل القاعدة ووضعها.

ثانياً : شرح مفردات القاعدة :

أ-المعاوضات :

المعاوضات جمع معاوضة ، وهي في اللغة أخذ شيء مقابل شيء أو إعطاؤه[1] ومنه العوض : البدل والخلف، يقال : اعتاض منه : أخذ العوض، والمقصود بالمعاوضة هو مقابلة العوض بالمعوض، وهي تقتضي معنى البيع وحقيقته إذ البيع مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً.[2]

ب- أقسام المعاوضات .

تنقسم المعاوضات إلى قسمين :[3]

الأول : المعاو ضات المحضة: وهي التي يفسد العقد فيها بفساد العوض، وقيل : المعاوضات المحضة : ما يقصد فيها المال من الجانبين، والمراد بالمال ما يعم المنفعة وغيرها مما يتمول[4] .

وعقود المعاوضات المحضة أربعة :

أولاً: البيع:

والبيع لغة: من باعَ يبيعُ بيعًا فهو بائع وبيِّعٌ، فهو من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحدٍ من المتعاقدين أنه بائع، وهو مطلق المبادلة[5] .

وفي اصطلاح الفقهاء: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي[6] . أو مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملّكًا[7] .

يثبت به الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع بمجرد عقد البيع الصحيح اللازم إذا كان

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة: ص (٦٩٥) والمصباح المنير: ص (١٦٦) والمعجم الوسيط: ص (٦٣٦).

(٢) انظر : المغني لإبن قدامة: (٦/ ٥).

(٣) انظر : المنثور للزركشي: (٣/ ١٨٥) وما بعدها .

(٤) انظر : المصدر السابق .

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(١٤٧)، ومختار الصحاح: ص(٧١)، والمصباح المنير: ص(٢٧) .

(٦) انظر: فتح القدير: (٦/ ٢٢٩)، وكنز الدقائق: (٤/ ٢٧٥) .

(٧)انظر: المغني لابن قدامة: (/) .

خاليًا عن الخيار، ولا يتوقف على التقابض إلا أن التقابض له أثر في وجوب الضمان وانتقاله من البائع إلى المشتري[١] .

أما في عقد البيع الفا سد عند الحنفية فلا يملك المشتري المبيع إلا بالقبض[٢]، ويترتب على انتقال الملك في المبيع والثمن:

أ-أن يثبت للمشتري ملك ما يحصل في المبيع من زيادة متولدة منه ولو لم يقبض المبيع ولا يمنع من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري كون الثمن مؤجلًا .

ب-أن تنفذ تصرفات المشتري في المبيع وتصرفات البائع في الثمن، كما لو أحال شخصًا به على المشتري . هذا بعد القبض، أما تصرف المشتري قبل القبض فإنه فاسد أو باطل[٣] .

ج-إذا قبض البائع الثمن، ولم يقبض المشتري المبيع، حتى لو مات البائع مفلسًا فإن للمشتري حق التقدم في المبيع على سائر الغرماء، ويكون المبيع في هذه الحال أمانة في يد البائع، ولا يدخل في التركة[٤] .

د-لا يجوز اشتراط بقاء البائع محتفظًا بملكية المبيع إلى حين أداء الثمن المؤجل أو على أجل آخر معين [٥] .

ثانيًا: السلم:

السلم في اللغة: هو الإعطاء والتسليف[٦] وفي المغرب[٧] أسلم في البرأي أسلف من السلم، وأصله: أسلم الثمن فيه فحذف .

---

(١) انظر: فتح القدير: (٥/ ٦٩٦)، والشرح الصغير للدردير: (٢/ ٧١)، والمغني لابن قدامة: (/)، والإنصاف: (١١/ ٣٠٢)، والمحتاج: (٢/ ٧٤)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢١٠)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٠٢) .

(٢) انظر: شرح المجلة: المادة: (٣٦٩): (١/ ٢٠٧)، ويأتي بيان هذه المسألة في قاعدة العقد الفاسد .

(٣) انظر: شرح المجلة: المادة: (٣٧١): (١/ ٢٠٧) .

(٤) انظر: شرح المجلة، المادة: (٢٩٧): (١/ ١٥٢) .

(٥) انظر: فتح القدير: (٥/ ٦٩٦)، والشرح الصغير للدردير: (٢/ ٧١) .

(٦) انظر: لسان العرب: (١٢/ ٢٩٠-٢٨٩)، والمصباح المنير: ص(١٠٩) .

(٧) انظر: المغرب للمطرزي: (١/ ٤١٢) .

=

وفي اصطلاح الفقهاء: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[١] .

يحصل به الملك في العوضين المسلم فيه ورأس مال السلم إذا قبض المسلم إليه رأس المال كان له أن يتصرف فيه بكل التصرفات السائغة شرعًا، لأنه ملكه وتحت يده .وهذا بلا خلاف بين الفقهاء[٢] .

و أما الملك في المسلم فيه فلا يستقر؛ لأنه يكون ديناً للمسلم بمقتضى العقد[٣]، قال السيوطي: «جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض المقابل لها مستقرة إلا دينًا واحدًا، هو دين السلم فإنه وإن كان لازمًا فهو غير مستقر، وإنما كان غير مستقر؛ لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه، فينفسخ العقد»[٤] .

ثالثًا: الصرف:

والصرف لغة:من صرفته عن وجهه صرفًا من باب ضرب، وصرفت الأجير والصبي خليت سبيله، وصرفت المال أنفقته، وصرفت الذهب بالدرهم بعته[٥] .

و في الاصطلاح: عرفه جمهور الفقهاء بأنه بيع بالثمن، جنسًا بجنس، أو بغير جنس فيشمل بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، كما يشمل بيع الذهب بالفضة . والمراد بالثمن ما خلق للثمنية، فيدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد[٦] .

---

(١) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٢٧٦)، والمطلع للبعلي: ص(٢٤٥) . و كذلك انظر التعريفات الأخرى في رد المحتار: (٤/ ٢٠٣) ، و الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ص(١١٨٦)، وفتح الجليل على شرح مختصر سيد الخليل: (٥/ ٣٣١) .

(٢) انظر: رد المحتار: (٤/ ١٦٦، ٢٠٩)، والمهذب: (١/ ٢٠٧)، وفتح العزيز: (٨/ ٤٣٢)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٢٢) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢١٤)، وأسنى المطالب: (٢/ ٨٤)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٩٢)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٢٢) .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٢٦) .

(٥) انظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص(٥٦٢) .

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٣٣٤)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٥١٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٥)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٤١)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٠١) .

ويحصل به الملك في الثمن والمثمن بتقابض البدلين من الجانبين في المجلس قبل افتراقهما[1] . قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد[2] .

والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**الذهب بالذهب مثلًا بمثل يدًا بيد والفضة بالفضة مثلًا بمثل يدًا بيد**»[3] . وقول عليه الصلاة والسلام: «**بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدًا بيد**»[4] وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينًا[5]، ونهى أن يباع غائب بناجز[6]، وقال ﷺ: «**الذهب بالورق ربا إلا ها وها**»[7] .

رابعًا: الصلح على الإقرار أو صلح المعاوضة:

أ-الصلح لغة:اسم بمعنى المصالحة والتصالح، خلاف المخاصمة والتخاصم وهو ضد الفساد[8]

وفي الاصطلاح: هو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي[9] .

---

(١) فتح القدير على الهداية: (٦/ ٢٥٩) وبدائع الصنائع: (٥/ ١١٥)، والقوانين الفقهية: ص(١٥١) .

(٢) انظر: الشرح الكبير: (١٢/ ١٠٧) .

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١١-١٢١٠) في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا من كتاب المساقاة .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٨٩) في باب ما يذكر فيه بيع في الطعام والحكرة في كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٠٩، ١٢١٠) في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا من كتاب المساقاة .

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٨) في باب الورق بالذهب نسية من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١٣) في باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينًا من كتاب البيوع .

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٧) في باب بيع الفضة بالفضة من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٠٨-١٢٠٩) في باب الربا، من كتاب المساقاة .

(٧) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٨٩) في باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة في كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١٠-١٢٠٩) في باب الصرف من كتاب المساقاة .

(٨) انظر: المغرب للمطرزي: (١/ ٤٧٩)، وانظر طلبة الطلبة للنسفي: ص(٢٩٢)، ومختار الصحاح: ص(٣٦٣). والمفردات في غريب القرآن: ص(٤٢٠) .

(٩) انظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٢٩)، البحر الرائق: (٧/ ٢٥٥)، الدر المنتقى شرح الملتقى: (٢/ ٣٠٧)، تكملة فتح القدير مع العناية والكفاية: (٧/ ٣٧٥)، وروضة الطالبين: (٤/ ١٩٣) . مادة: (١٥٣١) من مجلة الأحكام العدلية، ومادة: =

والصلح على الإقرار: هو الذي يجري على غير العين المدعاة، كأن ادعى عليه دارًا، فأقر له بها ثم صالحه منها على ثوب أو دار أخرى .

ويحصل به الملك كما يحصل بالبيع إذا كان الصلح لازمًا صحيحًا، فيثبت الملك في بدل الصلح للمدعي وفي المصالح به للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك وكذلك تحصل به البراءة عن الدعوى وعلى ذلك يدخل بدل الصلح في ملك المدعي وتسقط دعواه المصالح عنها فلا يقبل منه الادعاء منها ثانيًا[1] .

الثاني : المعاوضات غير المحضة : وهي التي لا يفسد فيها العقد بفساد العوض مثل النكاح والخلع وقيل : ما لم يقصد فيه مال من الطرفين .

وعقود المعاوضات غير المحضة سبعة وهي على النحو التالي:

أولاً: الإجارة:

وهي في اللغة اسم للأجرة . وهي كراء الأجير . مأخوذة من أجر وآجر إجارًا وإجارة، وعليه فتكون مصدرًا[2] .

وفي القاموس المحيط: الآجر الجزاء على العمل كالإجارة، مثلثة، آجره إيجارًا ومؤاجرة، والأجرة الكراء، وائتجر: تصدق وطلب الأجر، وآجرت المرأة: أباحت نفسها بأجر والإجّار السطح كالإنجار[3] . والأجارة ما أعطيت من أجر في عمل.

والإجارة في الاصطلاح:هي عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض[4] .

ويحصل بها الملك إذا كانت الإجارة صحيحة لازمةً، وهو الحكم الأصلي في الإجارة، وبها يثبت الملك في المنفعة المستأجرة بمقابل الأجرة، وبالأجرة المسماة للمؤجر عوضًا عن المنفعة، وبها يثبت

(١٠٢٦) من مرشد الحيران .

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٥٣)، وقوة عيون الأخبار: (٢/ ١٥٧)، ومرشد الحيران، مادة رقم: (١٠٤٥) .

(٢)القاموس المحيط للفيروز آبادي: ص(٤٣٦)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(٤٦) و مختار الصحاح: ص(٦) . و حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢) .

(٣) معجم مقاييس اللغة: ص(٤٦)

(٤) كشف الحقائق: (٢/ ١٥١)، المبسوط: (١٥/ ٧٤)، الأم: (٣/ ٢٥٠)، والمغني: (٦/ ٣) .

=

أيضًا التزام المؤجر بتسليم العين للمستأجر، وتمكينه من الانتفاع بها، والتزام المؤجر للمحافظة عليها، وهذا مما لا خلاف فيه(١) .

إلا أن الفقهاء -رحمهم الله- اختلفوا في وقت تملك المنفعة كما أنهم اختلفوا في تملك الأجرة، هل يثبت الملك فيها بنفس العقد أم لا بد فيه من شرط التعجيل، واختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: أن الأجرة لا تستحق بنفس العقد، وإنما تستحق با شتراط التعجيل أو ا ستيفاء المعقود عليه، وهو مذهب الحنفية(٢) والمالكية(٣) إلا أن الحنفية زادوا التعجيل بالفعل، يقول الكاساني ما حاصله: «إن الأجرة لا تملك إلا بأحد معان ثلاثة:

أحدها: شرط التعجيل في نفس العقد لقوله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**...»(٤).

والثاني: التعجيل من غير شرط، قياسًا على البيع في جواز تعجيل الثمن قبل تسليم المبيع، لأن الإجارة بيع .

الثالث: استيفاء المعقود عليه، لأنه لما ملك المعوض فيملك المؤجر العوض في مقابلته، تحقيقًا للمعاوضة المطلق وتسوية بين العاقدين(٥) .

القول الثاني: هو أن العقد إذا أطلق وجبت الأجرة بنفس العقد، ويجب تسليمها بتسليم العين والتمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلًا؛ لأنه عوض أطلق ذكره في عقد المعاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والمهر، فإذا استوفى المنفعة استقرت الأجرة، وهذا مذهب الشافعية(٦) والحنابلة(٧) .

---

(١) فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٤٢٥)، وبدائع الصنائع: (٤/ ٢٠١)، والشرح الصغير: (٤/ ١٩، ٢٣، ٣١، ٤٣)، والمقنع: (١٤/ ٢٦٠)، والمغني: (٥/ ٣٣١)، المهذب: (١/ ٣٦٩) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٢٠٢)، والهداية: (٢/ ٢٣٢)، والفتاوى الهندية: (٤/ ٤١٣) .

(٣) انظر: الشرح الصغير: (٤/ ١٦١)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٤)، والقوانين الفقهية: ص(١٨١) .

(٤) الحديث سبق تخريجه: ص(٣٧) .

(٥) انظر: الهداية: (٢/ ٢٣٢)، الفتاوى الهندية: (٤/ ٤١٣)، بدائع الصنائع: (٤/ ٢٠٢) .

(٦) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٣٢٢)، المهذب: (١/ ٣٩٩) .

(٧) انظر: المغني: (٥/ ٣٢٩)، المقنع: (١٤/ ٣٥٨) .

واستدلوا: بأن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين، فلما أجرها كان المستأجر مالكًا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين، ثم انتقلت إلى المستأجر نفس العقد[1].

الذي يظهر لي هو القول بثبوت الملك في المعقود عليه الذي هو المنفعة، وكذلك في الأجرة المسماة بنفس العقد، لأن الإجارة وإن كانت على خلاف القياس لكون المعقود عليه معدومًا عند العقد إلا أنها جائزة بالكتاب والسنة مراعاة لحاجة الناس إليها، وهي بمعنى البيع عند تملك المعقود عليه[2] .

فلما كانت الإجارة لازمة صحيحة وهي الإجارة العارية عن خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية فإنها تفيد الملك في المعقود عليه، سواء كان أجرة أو منفعة، والله أعلم بالصواب .

ثانياً: الخلع:

الخلع لغة: (بالفتح) هو النزع والتجريد والخلع (بالضم) اسم من الخلع[3].

قال في الكافي: معنى الخلع فراق الزوج امرأته بعوض، على المذهب وبغيره على اختيار الخرقي، بألفاظ مخصوصة[4] .

والخلع اصطلاحًا: عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع[5] .

ويحصل الملك بالخلع كما يحصل بسائر المعاوضات، إلا أن الفقهاء اشترطوا لصحة التصرف في بدل الخلع أن يكون بعد القبض إن كان مكيلًا أو موزونًا، وأما إن كان غيرهما فإنه يدخل في ضمان

---

(١) انظر: المقنع: (١٤/ ٣٥٨) .

(٢) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ١٣٣) وما بعدها .

(٣) انظر: المصباح المنير: ص(٦٨)، ومختار الصحاح: ص(١٨٤) . القاموس المحيط: ص(٩٢١) .

(٤) انظر: الإنصاف: (٢٢/ ٥) .

(٥) انظر: فتح باب العناية بشرط النقاية: (٢/ ١٤٢)، الاختيار: (٣/ ١٥٦)، شرح فتح القدير: (٢/ ٣٤٧)، وتبيين الحقائق: (٢/ ٢٦٧)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار: (٢/ ٥٥٧-٥٥٦) . جواهر الإكليل: (١/ ٣٣٠)، وروضة الطالبين: (٧/ ٣٧٤)، والإنصاف: (٨/ ٣٨٢) .

=

الزوج بمجرد العقد ويجوز له أن يتصرف فيه ولو قبل القبض[١] .

ثالثًا: الرهن:

الرهن في اللغة الثبوت والدوام [٢].ويأتي بمعنى الحبس[٣]

و هو في الاصطلاح: عبارة عن توثقة دين بعين يمكن أخذه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره[٤]

و يظهرأثر الرهن في إفادة الملك في المرهون إذا كان الرهن لازمًا[٥]

و لكن الحق الثابت للمرتهن في المرهون هوحق مجرد لاستيفاء دينه، ولا يثبت له الملك في المرهون ولو حل الدين[٦]، وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك بناءً على أن له أن يفسخ البيع إذا تصرف به الراهن أو يجيزه»[٧] .

رابعًا: الصلح على الإنكار:

الصلح مع إنكار المدعى عليه، وهو إذا ادعى شخص على آخر شيئًا، فأنكره المدعى عليه، ثم صالح عنه[٨] .

ويثبت به الملك في المال المصالح عليه وهو بدل الصلح وكذلك يثبت به الملك في المصالح به للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك . وهذا إذا كان الصلح صحيحًا تامًا، فيملك المدعى بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى[٩]، وذلك لأن الصلح من العقود اللازمة وذلك لأن

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٥٥٩-٥٥٨)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٦٩) .

(٢) انظر: الشرح الكبير: (١٢/ ٣٥٩) .

(٣) انظر: لسان العرب وأسنى المطالب: (٢/ ١٤٤)، وابن عابدين: (٥/ ٣٠٧)، والمغني: (٤/ ٣٦١)، ونهاية المحتاج: (٤/ ٢٣٣) .

(٤) انظر: الإنصاف: (١٢/ ٣٥٩) و فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٤٧٤) .

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٠٨)، نهاية المحتاج: (٤/ ٢٥٣)، والمغني: (٤/ ٣٦٤) .

(٦) انظر: حاشية الطحطاوي: (٤/ ٢٤٥)، والهداية: (٤/ ١٤١)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٢٤٣)، ونهاية المحتاج: (٤/ ٢١٩)، وكشاف القناع: (٣/ ٣٣٨) .

(٧) انظر: حاشية سعدي: (٩/ ١١١)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٢٧) .

(٨) انظر: الموسوعة الفقهية: (٢٧/ ٣٣٥) .

(٩) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ١٨٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٧٧)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ١٢٣)، وشرح مجلة =

الصلح على الإنكار يكون بيعًا في حق المدعي حتى إن وجد مما أخذه عيبًا فله رده، وفسخ الصلح، ويكون في حق المدعى عليه وهو المنكر إبراءً، لأنه دفع المال افتداءً ليمينه ودفعًا للضرر عنه[1] .

خامسًا: العتق:

العتق لغة: خلاف الرق، وهو الحرية، وعتق العبد يعتق عتقًا وعتقًا، وأعتقه فهو عتيق .[2]

واصطلاحًا: هو تحرير الرقبة وتخليصها من الرق[3] .

وأثر العتق يظهر في ثبوت الملك للعبد في رقبته إذا كان العتق من أهل التصرف بشرط أن لا يتعلق بالمعتق حق لازم يمنع عتقه، أما إذا تعلق به حق للسيد فله إسقاطه، فإنه لا يضر، ولا يصح العتق من غير مالك بلا إذن، كما لا يصح من غير مطلق التصرف كالصبي والمجنون والمحجور عليه بفلس أو سفه[4] .

سادسًا: المكاتبة:

المكاتبة في اللغة: مصدر كاتب وهي مفاعلة، والأصل في باب المفاعلة أن يكون من اثنين فصاعدًا، يقال: «كاتب يكاتب كتابًا ومكاتبة» وهي معاقدة بين العبد وسيده[5] .

وفي الاصطلاح: اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلًا في نجوم[6]

ويحصل به الملك بلزومها من جانب المولى المكاتب ، إذا كانت المكاتبة صحيحة[7] فعلى القول بلزوم

الأحكام العدلية: (٢/ ٨٣٤)، والموسوعة الفقهية: (٢٧/ ٣٥٥) .

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ١٥٠، ١٥٤) .

(٢) انظر: المصباح المنير: ص(١٤٨)، والقاموس المحيط: ص(١١٧٠)، ومختار الصحاح: ص(٤١١) .

(٣) انظر: شرح الزروق: (٢/ ١٨٣) .و فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٢١٣) و الشرح الكبير: (١٩/ ٥)، والمغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٤٤) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٥٥)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٣٥٩)، ومغني المحتاج: (٤/ ٤٩١)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٣٥٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ٢٣)، والمغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٦٢) .

(٥) انظر: المصباح المنير: ص(٢٠٠)، ومختار الصحاح: ص(٥٦٢)، والمعجم الوسيط: ص(٧٧٥) .

(٦) انظر: المغني: (١٤/ ٤٤١)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ١٨٩) .و فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٢٣٩)، وشرح حدود ابن عرفة: ص(٥٢٥-٥٢٤) .

(٧) العناية: (٢/ ٢٤٠)، ورسالة القيرواني: ص(١٥٦)، والفواكه الدواني: (٢/ ٣٣٨)، والمغني: (١٤/ ٤٥١).

=

المكاتبة، فإن المولى المكاتب يملك بدل الكتابة بمجرد العقد. والله أعلم بالصواب .

سابعًا: النكاح:

النكاح لغة: النكاح في اللغة مصدر «نكح» يقال: نكح ينكح الرجل والمرأة نكاحًا، من باب ضرب، يطلق على الوطء، وعلى العقد دون الوطء[1] .

والنكاح اصطلاحًا: عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصدًا، أي يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي[2] .

والأصل في عقد النكاح أن الزوجة تملك الصداق بمجرد العقد إذا كان صحيحاً حالًا كان أو مؤجلاً، لأن عقد النكاح عقد يملك الزوج به العوض فتملك الزوجة به المعوض كاملًا كالبيع[3] .

قال الكاساني: «لو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج عن إزالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما، لأنه لا يشق عليه إزالته لما لم يخف لزوم المهر، فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده، لأن ما ضاق طريق إصابته يهون في الأعين فيهون إمساكه، ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة ولا تحصل مقاصد النكاح»[4] .

ج-تعريف القبض لغةً واصطلاحًا:

١-القبض في اللغة: القبض مصدر من قبض يقبُض ويقال: قبض المالَ أي أخذه، وقبض اليدَ

(١) انظر: القاموس المحيط: ص(٣١٤)، والمعجم الوسيط: ص(٢٥١)، والمصباح المنير: ص(٢٣٩)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(١٠٠٩) .و تهذيب اللغة: (٤/ ١٠٣) .

(٢) انظر: الدر المختار ورد المحتار: (٢/ ٢٦٠-٢٥٨)، وفتح القدير: (٣/ ٩٩) و الشرح الصغير: (٢/ ٣٣٤-٣٣٢) . مغني المحتاج: (٣/ ١٢٣)، ونهاية المحتاج: (٦/ ١٧٤)، القليوبي: (٣/ ٢٠٦) . وكشاف القناع عن متن الإقناع: (٥/ ٥)، والشرح الكبير للمقدسي: (٢٠/ ٥) .

(٣) انظر: تحفة الفقهاء: (٢/ ١٤٠)، وبدائع الصنائع: (٢/ ١٩١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٤)، وكشاف القناع: ص(١٤٠) .

(٤) بدائع الصنائع: (٢/ ٢٧٥) .

على الشيء أي جمعها بعد تناوله[١]، ويطلق على تناول الشيء بجميع الكف، قال الكفوي: يقال: القبض للأخذ بجميع الكف، والقبص بالصاد المهملة للأخذ بأطراف الأصابع[٢]، ويطلق على الإمساك عن الشيء، يقال: قبض يده عن الشيء أي جمعها قبل تناوله وذلك إمساك عنه ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل والعطاء: قبض[٣].

٢-القبض في الاصطلاح:

١-قال الكاساني: معنى القبض: هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفًا وعادةً حقيقة[٤].

٢-وقيل: هو حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن[٥].

د-صفة القبض، وأقسامه:

١-**صفة القبض:** صفة القبض الذي يترتب عليه الأحكام كما يلي.

١-اتفقوا على أن الرجوعَ فيما يكون قبضًا إلى العادة، ويختلف بحسب اختلاف المال[٦].

٢-اتفقوا أيضًا على أن القبض يتم بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف فيما لا يعتبر فيه تقدير[٧]

.

٣-اتفقوا أيضًا على أن إتلاف المشتري للبيع يعتبر قبضًا له، سواء كان ذلك في يد البائع أو يد غيره، ويتقرر عليه الثمن[٨].

---

(١) انظر: القاموس المحيط: ص(٨٤٠)، والمصباح المنير: ص(١٨٦)، والصحاح للجوهري: (٣/ ١١٠٠)، وبصائر ذوي التمييز للفيروز آبادي: (٤/ ٢٨٨).

(٢) الكليات: ص(٧٣٤).

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(٨٤٠)، ولسان العرب: (٦/ ١٧٠)، والصحاح: (٣/ ١١٠٠).

(٤) بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٨).

(٥) انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ص(٤١٥)، والقوانين الفقهية: ص(٣٢٨).

(٦) انظر: رد المحتار: (٤/ ٥٦١)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة: (٢٦٣)، وشرح منح الجليل: (٢/ ٦٨٩)، ومواهب الجليل: (٤/ ٤٧٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ١٧٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٧١)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٧٦)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٠٢)، والمغني: (٦/ ١٨٦) وما بعدها.

(٧) انظر: المصادر السابقة.

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٦)، ورد المحتار: (٤/ ٤٤)، وشرح منح الجليل: (٢/ ٦٨٩)، والذخيرة: (٤/ ٣٤١-
=

لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع، والإتلاف تصرف فيه حقيقةً والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف[١] .

٤-واختلفوا في صفة القبض في الجملة هل تكفي التخلية في جميع الأشياء أم تختلف صفة قبض الأشياء بحسب اختلافهم في نفسها، على قولين:

القول الأول: أن القبض يختلف باختلاف الأشياء، فهو في العقار ونحوه بالتخلية وفي المنقول بالنقل، وفي المتناول باليد بالتناول .

وهذا مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣] وهو قول لبعض المالكية[٤]، واستدلوا بما يأتي:

١-بحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ **نهى أن تباعَ السلع حيث تباعُ حتى يحوزها التجار إلى رحالهم**[٥] .

وجه الدلالة من الحديث: أن القبض فيما ينقل يعتبر بالنقل[٦] .

٢-عن ابن عمر رضي الله عنه قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جِزَافًا[٧] فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعَهُ حتى ننقلَه من مكانه[٨]، الحديث نص ظاهر في النقل فيما ينقل .

٣-وبما رواه ابن عمر أيضًا قال: رأيتُ الذين يشترون الطعام مجازفةً يضربون على عهد رسول

---

٣٤٢)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٨١)، وروضة الطالبين: (٣/ ١٨٠)، والإنصاف للمرداوي: (١١/ ٥١٨) .

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٦) .

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٨٣)، وروضة الطالبين: (٣/ ١٧٥) وما بعدها .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٨٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٥١٣-٥١٢)، والإنصاف: (١١/ ٥١٢) .

(٤) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٤٧٧)، والذخيرة: (٤/ ٣٤١-٣٤٠)، والشرح الكبير للدردير: (٣/ ١٤٥) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٥٣) في باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي من كتاب البيوع، والبيهقي في سننه: (٥/ ٣١٤) في باب قبض ما ابتاعه جزافًا من كتاب البيوع، والإمام أحمد في مسنده: (٥/ ١٩١) . والحديث إسناده حسن . انظر: سنن الدارقطني: (٣/ ١٠) .

(٦) انظر: المجموع: (٩/ ٢٨٣)، والمغني: (٦/ ١٨٧) .

(٧) الجزاف هو بيع الشيء بلا كيل، ولا وزن ولا عدد، وكذلك اشتراؤه، ضبط بمثلث الجيم. انظر: كفاية الطالب: (٣/ ٣٠٦)، والثمر الداني: ص(٤١٩)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص(٢٨٧) .

(٨) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١١٦١) في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض من كتاب البيوع .

=

الله ﷺ أن يبيعوه يؤووه إلى رحالهم[١] .

٤-عن ابن عمر رضي الله عنه قال: كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعامَ، فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعَه[٢] .

هذه الأحاديث كلها تدل على أن المبيع جزافًا يعتبر قبضه بالنقل[٣] .

القول الثاني: أن القبض يحصل ويتم بالتخلية في سائر الأموال . والتخلية والتخلي هو أن يخلي البائع بين المبيع، وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع، والمشتري قابضًا له[٤] .

هذا مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، وهي رواية عن الإمام أحمد رواها أبو الخطاب، ونصرها القاضي منهم[٧] .

واستدلوا بالآتي:

١-إن تسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالمًا للمشتري أي خالصًا له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخليةُ تسليمًا من البائع، والتخلي قبضًا من المشتري[٨] .

٢-ولأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضًا له كالعقار[٩] .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٠-٨٩) في باب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا ... من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٦١) في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض من كتاب البيوع، برقم: (٣٨٢٥) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١٠/ ٤٠٩) في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض من كتاب البيوع، برقم: (٣٨٢٠) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٨٧) .

(٤) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤)، ورد المحتار: (٤/ ٤٤)، والفتاوى الهندية: (٣/ ١٦)، وشرح الحموي على الأشباه والنظائر: (١/ ٣٢٧) .

(٦) انظر: الذخيرة: (٤/ ٣٤١-٣٤٠)، ومواهب الجليل: (٤/ ٤٧٧)، والشرح الكبير: (٢/ ٢٠٤) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٨٧-١٨٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٥١٣)، والإنصاف: (١١/ ٥١٣) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٨٧) .

=

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو بأن قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلًا، فقبضه كيله، وإن كان موزونًا فقبضه يوزنه وإن بيع جزافًا فقبضه نقله، وكذلك إذا كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد، وإن كان ثيابًا فقبضها نقلها، وهكذا[1] . لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف ولأن التخلية لا تبرئ الذمة كالترك، والله أعلم بالصواب .

٢-أقسام القبض من حيث حقيقته وشرعيته:

أ-القبض من حيث حقيقته ينقسم إلى قسمين[2]:

الأول: القبض الحقيقي: وهو التناول باليد، قال في البدائع[3]: "الأصل في القبض: هو الأخذ بالبراجم لأنه القبض حقيقةً إلا أن فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل، وفميا لا يحتمله أقيم التخلية مقامه ."

الثاني: القبض الحكمي: هو القبض الذي يقوم مقام الحقيقي، ويتم ذلك بالإتلاف عند الجميع، وبالتخلية عند الحنفية والمالكية .[4]

ب-قسم العز بن عبد السلام القبض من حيث شرعيته إلى ثلاثة أضرب[5]:

الضرب الأول: قبض بمجرد إذن الشرع دون إذن المستحق، وهو أنواع منها: اللقطة، ومنها: قبض ولاة الأمور والحكام أموال المصالح والزكاة،[6] .

الضرب الثاني: قبض ما يتوقف جواز قبضه على إذن مستحقة كقبض المبيع بإذن البائع، وقبض المستام، والقبض بالبيع الفاسد، وقبض جميع الأمانات .

الضرب الثالث: قبض بغير إذن من الشرع ولا من المستحق وهذا قد يكون مع العلم بتحريمه

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٨٧) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤)، وشرح تنقيح الفصول: ص(٤٥٦)، والشرح الكبير: (١/ ٤٦٧) .

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٤)، ورد المحتار: (٤/ ٥٦١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام: (٢/ ٢١٧) و شرح تنقيح الفصول: ص(٤٥٦)، وكذلك انظر: الذخيرة: (٤/ ٣٤٠) .

(٥) انظر: قواعد الأحكام: (٢/ ٧٢-٧١)، وكذلك شرح تنقيح الفصول: ص(٤٥٥) وما بعدها .

(٦) انظر: قواعد الأحكام: (٢/ ٧١) .

=

كقبض المغصــوب، وقد يكون بغير علمٍ، كمن قبض مالًا يعتقد أنه ماله، فإذا هو لغيره، ولا يقال أن الشرــع أذن له في قبضــه، بل عفا عنه بإســقاط الإثم وعلى ذلك فلا إثم عليه ولا إباحة فيه وهو في ضمانه[1] .

هـ-شروط صحة القبض:

١- يشترط لصحة القبض صدوره ممن هو أهل له، مثل جائز التصرف. وهذا عند الشافعية[2]، والحنابلة[3] . وكذلك عند الحنفية ولكنهم لا يجعلون البلوغ لصحته شرطاً. [4] و قيل تكفي الإنسانية مناطاً لاعتباره أهلًا للقبضِ.[5]

٢-أن يكون القبض ممن له ولاية، والقبض نوعان[6]: قبض بطريق الأصــالة، وقبض بطريق النيابة[7] .

٣- أن يكون بإذن من له الحق في حبسه، وهذا عند الحنفية[8]، والشافعية[9]، والحنابلة في الرهن وسائر العطايا[10]، والمالكية في الرهن فقط[11] .

٤-أن يكون المقبوض غير مشــغولٍ بحق غيره، فلو كان المبيع دارًا مشــغولةً بمتاع للبائع، فلا

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول: ص(٤٥٦)، وقواعد الأحكام: (٢/ ٧٢) .

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ١٥٧) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٤٤) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٦)، وكذلك كشف الأسرار: (٤/ ١٣٧) وما بعدها، وشرح الأتاسي للمجلة: (٣/ ٥٣٠) .

(٥) انظر: البهجة شرح التحفة: (١/ ٢٠١) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٦) .

(٧) انظر: بدائع الصــنائع: (٥/ ١٥٢)، و(٦/ ١٢٦، ١٤١)، وشرح المجلة للأتاسي: (٣/ ١٣٥)، (٤/ ٤١٣) وما بعدها، والشرح الكبير للدردير: (٣/ ٣٧٧) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٣) وما بعدها، و(٦/ ١٣٨)، ورد المحتار: (٤/ ٥٦٢) .

(٩) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥١٧)، و(٥/ ٣٧٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ٧٣، ٤٠٠) .

(١٠) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٢٧٢، (٤/ ٢٥٣) .

(١١) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٤/ ١٠١)، وفتح العلي المالك: (٢/ ٢٤٣)، والمنتقى: (٦/ ١٠١) .

=

يصح القبض حتى يسلمها فارغةً وهذا مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والمالكية في دار السكنى فقط(٣) .

٥-أن يكون المقبوض منفصلًا متميزًا عن حق الغير، فإن كان متصلًا به اتصال الأجزاء فلا يصح القبض، وهذا عند الحنفية(٤)، وذلك لأن اتصال الشيء بحق الغير يمنع من التمكن منه ويحول دونه ومن أجل ذلك لا يصح قبضه وهو بهذه الحالة(٥) .

٦-أن لا يكون المقبوض حصة شائعة، وهو شرط عند الحنفية أيضًا(٦) .

وذلك لأن معنى القبض إثبات اليد والتمكن من التصرف في الشيء المقبوض وتحقق ذلك في الجزء الشائع وحده لا يتصور(٧)

ثالثاً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة تدل على أن الملك في المعاو ضات المالية مثل البيوع و سائر أنواعها لا يكون موقوفاً على القبض، بل يثبت الملك فيها بمجرد العقد، فإذا كان العقد صحيحاً لازماً يوجب ثبوت الملك في كل من العوض والمعوض، إلا أن القبض في مثل هذه المعاو ضات يكون من مقتضى العقد وموجبه، وبه يثبت نقل ضمان الملك وصحة التصرف فيه.

والقاعدة بمفهومها العام تفيد أيضاً- أن ملكية المعاوضات تنتقل عن طريق العقود النافلة للملك، ولا بد في هذه العقود توفر شروطها وانتفاء موانعها.

وهي تتضمن أثر القبض في المعاو ضات بحيث قد يشترط القبض في صحة المعاو ضات وقد يشترط في لزومها، وقد يشترط في تمامها فالعقود باعتبار اشتراط القبض فيها وعدمه على ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٥، ١٤٠)، ورد المحتار: (٤/ ٥٦٢)، (٥/ ٦٩٠)، والفتاوى الهندية: (٣/ ١٧).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٧٦)، وفتح العزيز: (٨/ ٤٤٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٧٢) .

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٣/ ١٤٥)، ومنح الجليل: (٢/ ٦٨٩) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٥، ١٤٠)، والفتاوى الهندية: (٣/ ١٧) .

(٥) انظر: رد المحتار: (٦/ ٤٧٩)، ط. الحلبي .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٠، ١٣٨) .

(٧) انظر: المصدر السابق .

=

الأول: عقود لا يشترط لصحتها القبض وهي البيوع اللازمة والهبة اللازمة .

الثاني : عقود يشترط لصحتها القبض وهي الصرف، بيع الأموال الربوية ببعضها، والسلم، وإجارة الذمة وغيرها.

الثالث: عقود يشترط للزومها القبض : مثل الهبة وما في معناها، والوقف والقرض، والرهن.

والقاعدة تشير هنا إلى أثار القبض في العقود أيضاً وأنه ينقل الملك إلى القابض، وكذلك الضمان[1]

ويشترط في ثبوت الملك في المعاوضات قبل القبض أن تكون لازمة.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

تفيد القاعدة كما سبقت الإشارة إليه أن الملكية في المعاوضات تحصل بالعقود نفسها بدون وقوفها على القبض.

والفقهاء رحمهم الله قسموا العقود من حيث وقوفها على القبض في إفادة الملكية إلى نوعين:

الأول: عقود لا يقف الملك فيها على القبض، وهي تفيد الملكية بمجرد انعقادها في الجملة، وهذه العقود هي عقود المعاوضات ، ومن هذا النوع: عقد البيع المطلق، والإجارة، والنكاح، والوصية، والوكالة والحوالة ونحوها.بناء على هذا اتفق الفقهاء على اعتبار هذه القاعدة،[2]

كما أنهم اتفقوا على أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، وتترتب عليه آثاره من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، سواء أحصل التقابض بينهما أم لا؟ إلا أن فقهاء الحنفية والشافعية صرحوا بأن الملك وإن كان ينتقل في البيع بمجرد العقد لكن لا يستقر إلا بالقبض كالصداق في عقد النكاح[3].

واختلف الفقهاء في انعقاد الإجارة على قولين:

القول الأول: الإجارة تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وتترتب عليها آثارها بالعقد دون الحاجة

(١) انظر : مجمع الضمانات: ص (١٣).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٤٢)، والمجموع (٩/ ٢٦٤)، والمهذب (١/ ٤١٥)، والمبدع (٥/ ١١٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٤٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٢)، والقواعد لابن رجب (ص٧٤-٧٦).

إلى الاستيفاء وهذا مذهب الجمهور.[1]

القول الثاني: لا يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد، وإنما يملكها بالاستيفاء أو التمكن منه أو بالتعجيل أو بشرط التعجيل، كما لا يملك المستأجر المنافع بالعقد، وإنما يملكها بالاستيفاء يوماً فيوماً، وهذا مذهب الحنفية.[2]

وهذه المسألة تشير إلى الخلاف في تطبيق القاعدة بين الجمهور والحنفية ولكنهم متفقون على أن هذا القسم من المعاوضات لا يقف الملك فيها على القبض ولا على اشتراطه.

الثاني: عقود يقف الملك فيها على القبض، ولا تتم الملكية بتلك العقود إلا إذا اتصل بها القبض.

ومن هذا النوع الهبة، والوقف، والقرض، والعارية، والمعاوضات الفاسدة.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة :

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية، منها:

١-يملك المشتري المبيع بعد تمام العقد، والقبض يعتبر مقرراً للملك[3].

٢-**ومنها** : لو تعاقد شخصان على بيع سيارة أحدهما للآخر وتم العقد، يملك المشتري السيارة بتمام العقد،فإن قبضها فقد انتقل الضمان إليه، ويجب عليه أداء الثمن المتفق عليه حالاً أو بحسب الشرط، لأن الثمن قد تقرر للبائع.

٣-ومنها: الملك في المعاوضات الفاسدة هل يقف على القبض أم لا؟

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن ملكية المعقود عليه في عقد المعاوضة الفاسد تنتقل بقضبه برضا صاحبه، ويكون مضموناً على القابض بقيمته يوم قبضه.[4]

وخالفهم الجمهور في المسألة على أن العقود الفاسدة لا تفيد حكماً.[5]

٤-**ومنها**: الإجارة الواردة على العين: يكون الحق في المنفعة المعقود عليها متعلقاً بنفس العين، كما إذا ا ستأجر شخص داراً أو أر ضاً أو سيارة معينة أو ا ستأجر شخصاً بعينه لخياطة ثوب أو بناء

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٢١٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٦٤)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٤٨).

(٣) انظر : القواعد لإبن رجب: ص (٦٨).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٩،٩٩ وما بعدها)، ومواهب الجليل (٤/ ٣٨٠).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٣٨٠)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٧ وما بعدها)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٢٩).

=

حائط ونحو ذلك.

وهذا النوع من الإجارة لا يشترط قبض الأجرة في المجلس لصحة العقد أو لزومه أو انتقال ملكية المنافع فيه، وذلك لأن إجارة العين كبيعها.(١)

٥-**ومنها**: عقد النكاح: ويترتب عليه آثاره بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض الصداق، وكذلك الوصية والحوالة والوكالة لا تحتاج في انعقادها إلى قبض المعقود عليه.

٦-**ومنها**: القرض عند المالكية.(٢) فإن الملك فيه لا يقف على القبض.

هذه جملة من المسائل الفرعية الفقهية مما ينطبق على هذه القاعدة.

(١) نظر: الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٢)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٣)، وفتح العزيز (١٢/ ٢٠٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٦٠).

(٢) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٣، ٢١٢).

المبحث السابع : ضابط : الصفة تملك تبعاً للموصوف

هذا الضابط من الضوابط المهمة التي تتعلق بأركان الملكية، وهو يباشر مسائل كيفية ثبوت الملك في الصفات، كما أنه يتضمن حكم أثر الأشياء في صفاتها من حيث ملكيتها. والضابط يشتمل على جانب مهم من جوانب الملكية، ومن هنا تظهر لنا أهمية القاعدة في هذا الباب.

دراسة الضابط تتكون من المحاور التالية :

أولاً : الكلام على أصل الضابط ووضعه وألفاظه :

هذا الضابط باللفظ المذكور ذكره الكاساني في بدائع الصنائع، حيث قال : ((وجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة، والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة إن وجودها يوجب جودة في الباقي، وفواتها يسلب صفة الجودة، ويوجب الرداءة، فتلحق الزيادة بالجودة، والنقصان بالرداءة حكماً، والجودة والرداءة صفة، والصفة ترد على الأصل دون الصفة، **إلا أن الصفة تملك تبعاً للموصوف**، لكونها تابعة قائمة به»[1] .

وكذلك ذكره باللفظ المذكور الندوي في الموسوعة[2] .

والضابط جاء بألفاظ متقاربة أخرى وهي تؤدي إلى مضمون الضابظ المذكور، منها : «صفة الشيء تملك بملك أصله» .[3] وبلفظ : «الصفة لا تقابل بعوض»[4] وكذلك ورد بلفظ : «الصفة لا يجوز إفرادها بالعقد»[5] وبلفظ : «ثبوت الصفة بثبوت الأصل»[6] .

ومنها : «الصفة تتبع الأصل فتبنى عليه»[7].

---

(١) بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٠)، وكذلك انظر : (٥/ ٣٠٣).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٢١٦).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٤/ ٨٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ١٧١).

(٥) انظر : كشاف القناع: (٣/ ٢٩٧).

(٦) انظر: المبسوط: (١٩/ ١٢٥).

(٧) شرح السير الكبير: ص (٩٠٥).

=

ومنها : «صفات العقد ملحقة بأصله»[١] .وكذلك أشار إليها الفقهاء في كتبهم بمختلف عباراتهم[٢] .

ثانياً : شرح مفردات الضابط وما يتعلق به من الأحكام:

معنى الصفة لغة واصطلاحاً :

الصفة في اللغة : الحلية و الوصف : وصفك الشيء بحليته ونعته. واتصف الشيء : أمكن وصفه[٣] .يقال : وصف الشيء وصفاً وصفة : نعته بما فيه[٤]. «واتصف الشيء في عين الناظر : احتمل أن يوصف» . فالصفة هي الأمارة اللازمة للشيء[٥] .

الصفة في الاصطلاح : «هي أن ينضبط الموصوف على وجه فلا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير»[٦] . أو-هي الإمارة اللازمة للشيء الذي يعرف بها[٧] .

والمقصود بالصفة في القاعدة هي النعت الذي يضبط الشيء المنعوت من حيث الجودة والرداءة، وهي عرض[٨] يقوم بالشيء والموصوف مفعول من الوصف وهو الشيء المتصف بصفات.

ب-أنواع الصفة عند الفقهاء.

الصفات من حيث اعتبارها في الموصوف تنقسم إلى قسمين[٩]:

الأول : الصفات المحضة: وهي التي لا اعتبار لها في الموصوف، وهذه الصفات لا يقابلها الثمن.

---

(١) الحاوي الكبير: (٥/ ٣٠٠).

(٢) انظر : المبسوط: (٢٣/ ١٥٢)، والمنثور: (٢/ ٣١٥)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٤١٣)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤٠٠)، كشاف القناع: (٣/ ٢٩٧).

(٣) انظر : لسان العرب: (٩/ ٣٥٦).

(٤) انظر : المعجم الوسيط: (ص/ ١٠٣٧).

(٥) انظر : معجم مقاييس اللغة: ص (١٠٥٤).

(٦) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ٢٠٧)، وفتح القدير: (١/ ١٩٢).

(٧) انظر : التعريفات الفقهية: ص (١٢٩).

(٨) وهو الموجود الذي يحتاج في وجوده إلى موضع التعريفات الفقهية : ص(١٤٥) .

(٩) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٠)، والمجموع شرح المهذب: (١٠/ ١٣٦) والمنثور: (٢/ ٣١٥) .

الثاني : الـ صفات المقـ صودة: وهي صفات الجودة وهي التي يقابلها الثمن ولها وقع في الملك أو المبيع

ثالثاً : المعنى الإجمالي للضابط :

الضــابط باللفظ المذكور ينص على أن صــفات الأشـياء تتبع موصــوفاتها، في الحكم، وليس لها أحكام مـ ستقلة، وذلك لأن الـ صفة لا تقوم بنفـ سها بل لا بد لها من محل تقوم به، والأ صول بالنـ سبة للصـفات ذوات، والصـفات أعراض، والعرض لا يقوم بنفســه، ولذلك كان ثبوت الصـفة بثبوت الأصل، وانتفاؤها بانتفائه أو بحلول صفة أخرى محلها وكذلك ملك الصفات يكون تبعاً لأصولها، والضابط مبني على قاعدة مشهورة وهي: «**التابع تابع**» .

والضــابط يفيد أيضــاً -أن ملكية الصــفات ليســت ملكية مســتقلة يحتاج الحكم بإنفرادها، بل ملكيتها تابعة للموصوف، فإذا ثبت الملك في الموصوف ثبت في صفته وهذه الصفات إذا كانت محضة أو طردية لا يقابلها عوض في المعاو ضات المالية. والـضابط يـشير أيـضاً. إلى أن الزيادة والنقـصان في الصفات لا تؤثر في ملكية الموصوف، وأن ملكية الصفات من باب ملكية المنافع التي تقبل الإسقاط والتغيير وملكية الموصوف من باب ملكية الأعيان.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذا الضابط متفرع على القاعدة العامة المشهورة وهي **التابع تابع**.(١)

وكذلك من القاعدة: **التابع لا يفرد بالحكم**.(٢)

ولما كانت صفة الأشياء من توابعها فإنها تدخل في قاعدة التابع عند الفقهاء.

والضابط بمضمونه المذكور من الأصول التي لم يختلف فيها الفقهاء في الجملة.(٣)

فالضــابط بهذه الدلالة يفيد أن ما لم يوجد مســتقلاً بنفســه بل وجوده تبع لوجود غيره فهو ينزل منزلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام به كالصفات فلا يجوز إفرادها بالحكم.

---

(١) انظر: إيضاح المسالك (ص٥٢)، والأ شباه والنظائر للـسيوطي (ص١٧٧)، ولابن نجيم (ص١٢٠)،و مجلة الأحكام مادة رقم (٤٧).

(٢)انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٧)، ومجلة الأحكام مادة رقم (٤٨).

(٣) انظر: الأشــباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٣)، وللســيوطي (ص١١٧)، والمنثور للزركشيـ (١/ ٢٣٤)، وإيضــاح المسالك (ص٥٢)، وقواعد الخادمي (ص٣١٥).

=

واختلفوا في مسألة تخلف الوصف على قولين:

القول الأول: إذا تحقق فوات الوصف المشروط فإنه يكون للمشتري حق رد المبيع، أو أخذه بجميع الثمن دون أرش للوصف الفائت، هذا إذا لم يمتنع الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصة الوصف الفائت من الثمن، وذلك بأن يقوم المبيع موصوفاً بذلك الوصف وغير متصف به ويرجع بالتفاوت. هذا مذهب جمهور الفقهاء.[1]

قالوا: لأن الفائت وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة للعقد تدخل من غير ذكر، ولو فاتت بيد البائع قبل التسليم لم ينقص من الثمن شيء.[2]

القول الثاني: إنه لا يرجع بشيء، وهذه رواية عن الإمام أبي حنيفة[3]،

وذلك لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا.

الذي يظهر لي هو القول باعتبار الصفات كالأعيان في مسألة التخلف وإن كانت الصفات تابعة للموصوف في الحكم وذلك لأن الصفات قد تكون مرغوبة يتشوف إليها كثير من الناس ولها قيمتها، ولما كانت الحقوق المعنوية في العصر الحاضر ظهرت كالأعيان في ماليتها بل أقوى منها في الحكم والاعتبار وجبت أن تكون الأوصاف معتبرة من حيث الحكم والاعتبار. والله أعلم بالصواب.

ويشترط في تخلف الوصف ما يأتي:

١-أن يكون التخلف داخلاً تحت جنس المبيع، والضابط فيه هو فحش التفاوت في الأغراض وعدمه.[4]

٢-أن يكون فوات الصفة المشترطة ليس عيباً وإلا كانت القضية من باب خيار العيب.[5]

خامسا: الفروع المندرجة تحت هذا الأصل:

---

(١) انظر: فتح القدير (٥/ ١٣٦-١٣٥)، والمجموع (١٢/ ٣٧١)، والمغني (٤/ ١٣٩)، وكشاف القناع (٢/ ٣٩).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٥/ ١٣٥).

(٣) انظر: المصدر السابق (٥/ ١٣٥).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٥/ ١٣٧)، والمجموع شرح المهذب (١٢/ ٣٣٤)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٤٧)، وكشاف القناع (٢/ ٣٧).

(٥) انظر: المجموع (٩/ ٣٢٤)، والمغني (٤/ ١٣٩).

هذا الأصل يحوي في طياته جملة من المسائل الفقهية الفرعية، منها:

١-لو اشترىٰ بقرة أو شاة محفلة أي مملؤ ضرعها لبنا، ثم بعد تمام العقد اشترط البائع حلبها لنفسه، فهذا شرط باطل، بل المشتري يملكها بصفتها محفلة، فاشتراط البائع الحلب لنفسه بعد ذلك غير صحيح، ولا يملك ذلك.

٢- **ومنها**: لو اشترىٰ ساعة مزخرفة بزخارف خارجية يملكها صاحبها علىٰ هذه الصفة، وليس للبائع أن يقول زخارفها بقيمة كذا وكذا إلا إذا كان ذلك شرطاً في العقد.

٣-**ومنها**: لو اشترىٰ رجل حصاناً علىٰ أنه عربي أصيل فإذا هو هجين أو اشترىٰ جواداً علىٰ أنه هملاج[1] فإذا هو بطيء أو سريع في اضطراب وعسر، وكذلك اشترىٰ بقرة علىٰ أنها حلوب فإنه يملك بصفته المذكورة، فإذا حصل فوات الوصف فله الخيار فيه كما سبق في مسألة تخلف الوصف.[2]

٤-**ومنها**: لو اشترىٰ كلباً معروفاً بأنه صائد ثم تبين نسيانه يثبت للمشتري خيار الوصف ولو لم يشترط صراحة.[3]

٥-**ومنها**: لو اشترىٰ عبداً بشرط أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه أخذ بكل الثمن أو تركه لأن الوصف لا يفرد بالحكم دون الموصوف. و لأن الصفة تتبع الموصوف.

وقيل: له الفسخ أو أرش فقد الصفة.[4]

٦-**ومنها**: الزيادة أو الحط في المبيع أو في الثمن وهما يكونان تابعين فيه بعد العقد من قبيل الصفات:

وللفقهاء رحمهم الله ثلاثة اتجاهات في المسألة علىٰ التفصيل المذيل:

الأول: إن الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد السابق بطريق الاستناد، ما لم يمنع من ذلك مانع، بمعنىٰ أنه تثبت للزيادة في المبيع حصة من الثمن، كما لو كان الثمن مقسماً علىٰ الأصل والزيادة وكذلك عكسه إذا كانت الزيادة في الثمن.

---

(١) سريع المشيء في سهولة.

(٢) انظر: فتح القدير (٥/ ١٣٥).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٥/ ١٣٧).

(٤) المقنع مع الحاشية (٢/ ٢٧-٢٦).

=

وهذا مذهب الحنفية.[١]

وعلى هذا إذا تلف المبيع قبل القبض وبقيت الزيادة أو هلكت الزيادة وبقي المبيع سقطت حصة الهالك من الثمن، وهذا بخلاف الزيادة الناشئة من المبيع نفسه.

وكذلك إذا ا ستحق المبيع، وقضي به للمستحق، رجع المشتري على البائع بالثمن كله من أصل وزيادة وكذلك الرجوع بالعيب.

الثاني: الزيادة والحط يلحقان بالبيع سواء أحدث ذلك عند التقابض أم بعده، والزيادة في الثمن تكون في حكم الثمن الأول، فترد عند الاستحقاق وعند الرد بالعيب وما أشبه ذلك.

وهذا مذهب المالكية.[٢]

الثالث: إن الزيادة أو الحط في الثمن أو المثمن إن كانت بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فلا تلحق به؛ لأن البيع استقر بالثمن الأول والزيادة أو الحط بعد ذلك تبرع، ولا تلحق بالعقد.

وإن كان قبل لزوم العقد في مدة خيار المجلس أو خيار الشرط ففيه ثلاثة أوجه للفقهاء:

أ-أنه يلحق بالعقد في مدة الخيارين جميعاً.[٣]

لأن الزيادة أو الحط في مدة خيار المجلس تلتحق بالعقد، وقيس بخيار المجلس خيار الشرط بجامع عدم الاستقرار.[٤]

ب-لا يلحق ذلك بالعقد.[٥]

ج-يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط.[٦]

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٧).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦-٣٥)، وتهذيب الفروق (٣/ ٢٩٠)، ومنح الجليل (٣/ ٦١٥).

(٣) هو الصحيح عند جمهور الشافعية وبه قطع أكثر العراقيين وهو ظاهر نص الشافعي و كذلك مذهب الحنابلة. انظر: المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٩،٣٧٠) وشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٤-١٨٣).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) وهو وجه عند الحنابلة، ووجه للشافعية. انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٤-١٨٣)، وحاشية الجمل (٣/ ٨٥)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٧).

(٦) وهو قول الشيخ أبي زيد والقفال من الشافعية. انظر: المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٠-٣٦٩).

=

هذا وجه للشافعية[١]، و وجه عندالحنابلة[٢].

قال ابن قدامة في المغني[٣]: "يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، فلو تبايعا بقدر، ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد، وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد، والتغيير يلحق بالعقد فيه، لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان التغيير في حال العقد.

فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة".

الذي يظهر لي هو الاتجاه الثالث، وذلك لصحة ما عللوا به، ولأن العقد إذا انبرم بانقضاء الخيار فإن الزيادة والحط لا معنى لهما، والله أعلم بالصواب.

٧-**ومنها**: لو زاد المشتري في الثمن، وكان المبيع عقاراً فإن الشفيع يأخذه بالثمن الأصلي دون الزيادة سداً لباب التواطؤ لتضييع حق الشفعة. وأما لو حط من الثمن فيلتحق لعدم إضراره بالشفيع وكذلك الزيادة في المبيع[٤].

٨-**ومنها**: لو حط البائع كل الثمن في العقار فإن الشفيع يأخذه بجميع الثمن الأصلي؛ لأن الحط إذا اعتبر إبراء منفصلاً ترتب عليه خلو البيع عن الثمن، ثم بطلانه، وبذلك تبطل حق الشفيع ولذا يبقى المبيع مقابلاً بجميع الثمن في حقه، ولكن يسقط الثمن عن المشتري بالحط ضرورة صحة الإبراء في ذاته.[٥]

---

(١) انظر: المجموع (٩/ ٣٧٠-٣٦٩)، وحاشية الجمل (٣/ ٨٥)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٧).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٤-١٨٣).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٤٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٨-١٦٧)، وشرح المجلة مادة رقم (٢٥٤ وما بعدها).

(٥) انظر: المصدر السابق، وكذلك شرح الروض (٢/ ٣٦٦).

المبحث الثامن: ضابط: إذا ثبت الملك ثبت بضمان يقابله

هذا الضابط من الضوابط المهمة التي تتعلق بثبوت الملك والضمان، وهو يبين حكم الضمان بعد ثبوت الملك في الأشياء، كما أنه يتضمن آثار الضمان في نقل الملكية، ويظهر لنا أهمية الضابط في المسائل التي تثبت فيها الملكية عن طريق الضمان .

وهذا الأصل مبني على قاعدة فقهية أخرى : **التضمين يقتضي التمليك**(١) . كما أن له صلة بقاعدة: الخراج بالضمان. (٢)

دراسة الضابط تتكون من النقاط التالية :

أولاً : الكلام على أصل الضابط ووضعه :

الضابطة باللفظ المذكور وردت في شرح الزيادات(٣)، وموسوعة القواعد الفقهية للندوي(٤) . وأشار إلى مضمون القاعدة كثير من الفقهاء في كتبهم(٥) . ومضمون هذه الأصل يستفاد من القاعدة: «الملك في المضمون لمن يتقرر عليه الضمان» . وقد سبق الكلام على هذه القاعدة.

ثانياً : شرح مفردات الضابطة .

قولهم : بضمان يقابله :

والمقابلة هو المواجهة، يقابله أي بواجهه(٦) . والمقصود به ثبوت الملك في الأشياء بمقابلة الضمان، ويعبر عنه الفقهاء رحمهم الله بملك الضمان، كملك الغاصب في المغصوب وملك المتملك في اللقطة .

ثالثاً : المعنى الإجمالي للضابط :

يقرر هذا الضابط أن الملك إذا ثبت في شيء فإنه يثبت بضمان يواجهه ويقابله، وذلك لأن ثبوت الملك في الأشياء ينقل ضمانه إلى صاحب الملك، فالملك دائماً يقابله الضمان، كما أن التضمين عند

(١) انظر : المغني لإبن قدامة: (١٢/ ٤٥٤).

(٢) انظر: المصادر السابقة .

(٣) انظر : شرح الزيادات: ص (١٨٩٠).

(٤) انظر : موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٣٥).

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي: (١١/ ٦٧) والتحرير: (٥/ ٧٧٩-٧٧٨).

(٦) انظر : مختار الصحاح: ص (٥٢٠).

الفقهاء يقتضي التمليك. ولذلك لا يتحقق ثبوت الملك إلا بضمان يترتب عليه، و يشترط فيه أن يكون من المضمونات.

وبناء على هذا المشتري عند ما ملك المبيع يقابله ضمان المبيع إذا هلك أو أتلفه. والقاعدة تشير أيضاً. إلى أن الملك يلازمه الضمان وثبوته يؤدي إلى ثبوت ضمان عليه.

رابعًا : الفروع المندرجة تحت الضابط :

يحوي هذا الضابط جملة من الفروع الفقهية من باب الضمان ، ومنها:

١- لو غصب شخص سيارة آخر ثم ادعى سرقتها أو ضياعها أو هلاكها وأدى لصاحبها ضمانها وغرامتها ثم وجدها، فإن الغا صب يملك الـ سيارة المغ صوبة عند ما أدى الـ ضمان، ولا حق لصاحبها في استرجاعها وقد أخذ قيمتها، وهذا عند الحنفية [1] لأنه ثبت له الملك بمقابلة الضمان.

٢- **ومنها** : مسألة المقبوض على سوم الشراء [2] وهو أن يقبض المساوم المبيع بعد معرفة الثمن، وبعد الشراء فيقول للبائع : هاته ، إن ر ضيته ا شترتيه . فإذا هلك في مثل هذه الحالة أو أتلفه القابض فإنه يضمنه عند جمهور الفقهاء، ويجب فيه الثمن في صورة الإستهلاك، لأنه بالاستهلاك يعتبر راضياً بامضاء العقد بثمنه[3] .

وأما إذا أتلف ما بيده فإنه يـ ضمنه بالقيمة بالغة ما بلغت يوم القبض كما في البيع الفا سد، خلافاً للطر سوسي[4] وهو يقول إنه ينبغي أن لا يزاد بها على المـ سمى كما في الإجارة الفا سدة[5] والأ صل في هذا أنه مقبوض على وجه البدل والعوض، فإذا ثبت له الملك ثبت بضمان يقابله.

٣-**ومنها** : مسألة هل الإضطرار يبطل حق الغير فيملك المضطر بلا ضمان أم لا؟

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (١١/ ٦٧) .

(٢) على القول : أن الملك يثبت فيه بعد القبض وكذلك بعد الفوت. انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ١٠).

(٣) انظر : الدر المختار و رد المحتار معاً: (٤/ ٥١-٥٠) وحاشية القليوبي: (٢/ ٢١٤)، وكشاف القناع: (٣/ ٣٧٠) ومجمع الضمانات: ص(٢١٣، ٢١٤).

(٤) الطرسوسي: هو إبراهيم بن علي بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد المنعم أبو إسحاق الطرسوسي الحنفي، ولد سنة (٧٢١)، وتوفي سـنة (٧٥٨). انظر: النجوم الزاهرة: (١٠/ ٣٢٦) والفوا ئد البهية: ص(١٠) وا لدرر الـكامـنة: (١/ ٤٦).

(٥) انظر : الدر المختار: (٤/ ٥١)، وحاشية القليوبي: (٢/ ٢١٤).

هذه قاعدة من قواعد الإسلام في باب الاضطرار ذكرها أصحاب مجلة الأحكام العدلية[1]: ولو اضطر رجل إلى استهلاك مال الغير سواء كان الإضطرار فطرياً كالجوع أم غير فطري كالإكراه فإنه يبقى المال مضموناً عليه بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً، فملكه ثبت هنا بمقابلة الضمان[2]. ولا يثبت له الملك في شيء ما بدون ضمان.

٤- ومنها: العارية يملك المستعير الانتفاع بها بمقابلة الضمان.[3]

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٢٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧٩) وشرح الزرقاني: (٣/ ٢٩) والقواعد لإبن رجب: ص(٣٦، ٢٨٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/٣٤٠).

المبحث التاسع :قاعدة : إنما تملك الغلة بالضمان في الملك الصحيح

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بمحال الملك، والقاعدة تلقي لنا الضوء على ملكية الغلة والخراج وما في معناهما، وكيفية ثبوت الملك فيها، كما أن القاعدة تتضمن مدى أثر الضمان في ثبوت ملكية الغلات وغيرها.

والقاعدة لها أثر كبير في باب الفروع والزوائد والغلات . تتكون دراسة القاعدة من العناصر التالية :

أولاً : الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها :

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الإمام الشافعي في الأم [١] فقال : «وكل من كانت في يده دار فاستغلها ثم استحقها رجل بملك متقدم رجع المستحق على الذي في يده الدار والأرض بجميع الغلة من يوم ثبت له الحق، وثبوته يوم شهد شهوده أنه كان له، لا يوم يقضي له به. ألا ترى أنه لا معنى للحكم اليوم إلا ما ثبت يوم شهد شهوده. **وإنما تملك الغلة بالضمان في الملك الصحيح**، لأن الغلة بالضمان في الملك حدثت من شيء المالك كان يملكه لا غيره» .

وكذلك ذكرها الندوي في الموسوعة[٢] وقد جاءت القاعدة بلفظ: «الغلة بالضمان» في عدة كتب فقهية[٣]. وإليها أشار صاحب المدونة بقوله: «قال ابن القاسم : وأما أصوافها وأوبارها وسمونها فإن ذلك لا يرد مع الغنم، لأن هذا بمنزلة الغلة ، قلت : أتحفظ عن مالك في النخل شيئاً إذا اشتراها رجل فاستغلها زمانا ثم أصاب عيبا، قال: قال مالك : إذا اشترى نخلاً فاستغلها زماناً ثم أصاب بها عيباً أو استحق أنه يرجع بائعه بالثمن **وتكون له الغلة بالضمان**»[٤] . بل جاءت في الأحاديث النبوية بلفظ : «الغلة بالضمان»[٥] هذه القاعدة وردت عند الفقهاء أيضاً بلفظ مختصر مشهور وهو (الخراج

---

(١) الأم: (٤/ ٤).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٩٣).

(٣) انظر : شرح فتح القدير: (٦/ ١٠)، والمدونة الكبرى: (٥/ ٢٣٤)، حاشية الدسوقي: (٣/ ١٦٦).

(٤) المدونة الكبرى: (٥/ ٣٣٤).

(٥) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك :(١/ ١٥) و قال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي عليه .

=

بالضمان)[١] وهو من جوامع الكلم عن رسول الله ﷺ. وإليها أشار أصحاب مجلة الأحكام العدلية أيضاً : المادة : (٨٥) الخراج بالضمان : يعني أن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان.مثلاً. لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي أن خسارته كانت راجعة عليه[٢] .

اخترت هنا اللفظ المذكور دون المشهور لوجهين :

الأول : لكون الغلة أوضح دلالة على جميع أنواعها،وأصنافها قال الندوي : وهنا كلمة الغلة الواردة في النص خير معبر ومفسر عن معنى الخراج، ولأن الخراج يحتمل غيرها في المعنى. [٣]

الثاني : لدلالة هذا اللفظ على الملك صريحاً . ويضاف إليها أن الصيغة التي ذكرتها جاءت بقيود عند الفقهاء التي اعتبروها في ثبوت الملك في الغلات.

ثانياً : شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها :

معنى الغلة لغة واصطلاحاً :

١- الغلة في اللغة : «بالفتح» الدخل من كراء دار وأجر حيوان وفائدة أرض. والدخل الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنتاج ونحو ذلك. و الجمع: غلات . و«الغُلة» بالضم شدة العطش وحرارته، و«الغلالة» شعار يلبس تحت الثوب وتحت الدرع أيضاً[٤] وأغلت الضيعة : أعطت الغلة فهي مغلة : إذا أتت بشيء وأصلها باق، وفلان يغل على عياله، أي يأتيهم بالغلة[٥] .

٢- الغَلة في الاصطلاح : تراد بها المعنى اللغوي[٦] ، و هو الدخل و النتاج . وقيل: وهي التي

---

(١) انظر : المنثور في القواعد: (٢/ ١١٩) والأشباه والنظائر لأبن السبكي: (٢/ ٢١٤) والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٥٢)، مجمع بحار الأنوار: (٢/ ٢٢)، والمدخل الفقهي العام: (٦٤٩)، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم : (٨٥)، وشرح الخاتمة: ص(٤٠) والوجيز للبورنو: ص(٣٦٥)، والأشباه والنظائر لإبن نجيم: ص(١٥١).

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٥٧-٥٢).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (١/ ١٠١) .

(٤) انظر : مختار الصحاح: ص(٦٦٠)، والمعجم الوسيط: (٦٦٠) .

(٥) انظر : لسان العرب: (١١/ ٥٠٤) .

(٦) انظر : تقريرات الشيخ عليش علي الشرح الكبير للدردير: (٣/ ٢٤٦).

=

تخرج من ملك الإنسان زيادة على الأصل. [1] فهي تطلق أيضاً على ما يرده بيت المال ويأخذه التجار من الدراهم[2] .

مفهوم الغلة يشتمل على المصطلحات الآتية :

١- الخراج :

وهو في اللغة يطلق على الغلة الحا صلة من الـ شيء، وعلى الأجرة والكراء، والإتاوة أو الـ ضريبة التي تؤخذ من أموال الناس[3] . وفي الاصطلاح له معنيان عند الفقهاء [4] : عام وخاص :

١-فالخراج بالمعنى العام، هو الأموال التي تتولى الدولة أمر جبايتها وصرفها في مصارفها.

٢-وبالمعنى الخاص ، فهو الوظيفة أو الضريبة التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية النامية.

وقيل : «الخراج هو ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدي عنها»[5] .

والفقهاء يطلقون الخراج على الغلة الحاصلة من المبيع، وكل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجر ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله[6] . فالخراج هو غلة الشيء و منفعته، إذا كانت منفصلة عنه، سواء أكانت متولدة منه كنتاج الدابة، أم غير متولدة منه كـ سكني الدار وأجرة الدابة. ويطلق الخراج على منافع الشيء التي يستحقها من يلزمه ضمانه لو هلك، فتكون المنفعة في مقابل تحمل خسارة هلاكه، فما لم يدخل في ضمانه لا يستحق منافعه[7] .

٢- الدخل :

(١) انظر: دررالحكام : (١/ ٨٨) .

(٢) انظر : التعريفات الفقهية: (ص/ ١٥٨).

(٣) انظر : القاموس المحيط: ص (٢٣٧)، ومختار الصحاح: ص(١٧٢).

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية :٠(١٩/ ٥٢) .

(٥) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي: ص (١٤٦)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء: ص (١٦٢).

(٦) انظر : غمز عيون البصائر للحموي: (١/ ٤٣٢-٤٣١).

(٧) انظر : الأشباه والنظائر لإبن نجيم: (١٥٢-١٥١)، القوانين الفقهية: ص (٢١٧)

بفتحتين، ما داخل الإنسان من فساد في العقل والجسم[١] .وبسكون الخاء (الدَّخْل) ما دخل عليك من مالك، ويقابله الخرج[٢] . وفي المعجم الوسيط : «الدخل هو ا لمال الذي يدخل على الإنسان من زراعة أو صناعة أو تجارة. وهو جملة القيم لجميع الـسلع المنتجة والخدمات المقدمة في سنة معينة لدولة ما»[٣] . و المقصود بالدخل في القاعدة: الأكساب و الأرباح التي يستحقها الإنسان من الأموال و الأعمال.

٣- الربح : ويأتي بيان معناه في قاعدته .

ثالثاً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة باللفظ المذكور تنص على أن ثبوت الملك في الغلة يكون بثبوت الضمان، وذلك إذا كان العقد صحيحاً لازما مفيداً للملك. وأما إذا كان العقد فاسداً أو باطلاً فإنه لا يفيد ثبوت الملك في الغلة، ومن هنا يظهر أن ملكية الغلات والخراج وما إلى ذلك يعتمد على الضمان، فمن كان عليه الضمان فهو يملكه بناء على أنها من نماء ملكه.

وكذلك يشير إلى هذا المعنى قاعدة الخراج بالضمان، وقال العلامة الفتني : «أراد به ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبداً أو ملكاً وذلك أن يشتريه، فيستغله زماناً ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلع عليه البائع أو لم يعرفه فله رده وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله، لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه، ولم يكن له على البائع شيء أي الخراج مستحق بالضمان»[٤] والباء هنا للمقابلة[٥].

والقاعدة تفيد أيضاً: أن ا ستحقاق الغلة ليس من باب ا ستحقاق الملك وإنما ا ستحقاقه من باب الاستحقاق بالضمان، فإذا انتفى الضمان انتفى الملك وهذا الاستحقاق لا يثبت إلا بعد القبض. يفهم من هذا المنطلق أنه لا يجوز استحقاق الغلة أو الربح إلا إذا كان ناشئاً عن القبض، ولذلك ما لم يدخل الشيء في ضمان المشتري لم يسلم له خراجه، وهذا يتفق مع قول الفقهاء لا يستحق الربح إلا

---

(١) انظر: القاموس المحيط: ص (١٢٩٠)، والتعريفات الفقهية: ص (٩٤).

(٢) انظر: التعريفات الفقهية: ص (٩٤).

(٣) المعجم الوسيط: ص(٢٧٤).

(٤) مجمع بحار الأنوار: (٢/ ٢٢).

(٥) انظر : المعيار للفتوى: (٤/ ٣٤٦) والأشباه والنظائر لأبن السبكي: (٢/ ٢١٤).

=

بالمال أو العمل أو الضمان باعتبار أن الضمان أحد العوامل الثلاثة في استحقاق الغلة أو الربح[١] .

ومن هنا يظهر لنا أيضاً أن ا ستحقاق الغلة يخرج عن قاعدة التابع تابع، وأن الغلة لا تتبع الأصل إذا قبضها المشتري بعد الرد بالعيب.

رابعاً : أقوال العلماء في اعتبار القاعدة والأدلة عليها:

اتفق العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها والعمل بها[٢] .

ولكن ابن نجيم من فقهاء الحنفية أورد عليها اعتراضين[٣]:

أحدهما : لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع. تم العقد أو انفسخ لكونه من ضمانه، ولا قائل به.

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معاً، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده، أن الخراج للمشتري.

الثاني : لو كانت الغلة بالضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله: أن الغاصب لا يضمن منافع الغصب.

وأجيب بوجهين : [٤]

الأول : أنه صلى الله ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالك، إذا تلف على ملكه، وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب.

الثاني : أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان ، ولا خلاف أن الغا صب لا يملك المنافع، بل إذا أتلفها فالخلاف في ضمانها عليه فلا يتناول وضع الخلاف .

والأدلة على صحة القاعدة واعتبارها ما يلي:

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (١/ ١٠٠).

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لإبن نجيم: ص (١٥٢-١٥١) ودرر الحكام: (١/ ٨٨) وشرح فتح القدير: (٦/ ١٠) والمدونة الكبرى: (٥/ ٣٣٤) والمعيار: (٤/ ٣٤٦) وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٦٦) والمنثور للزركشي: (٢/ ١١٩) والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٣٥) والمغني: (٦/ ٢٢) وكشاف القناع: (٣/ ٢٤٢) .

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لإبن نجيم: ص(١٥١)

(٤) انظر: المنثور في القواعد: (١/ ١٢٠).

=

١- ما جاء عن عائشة رضي الله عنها، أن رجلاً اشترى غلاما في زمن النبي ﷺ و به عيب لم يعلم به، فاستغله ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أنه استغله مند زمن فقال رسول الله ﷺ : «**الخراج بالضمان**»(١) . قال الزركشي : «هو حديث صحيح ومعناه : ما خرج من الشيء من عيب ومنفعة وغلة فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له»(٢) . وفي رواية: «**الغلة بالضمان**»(٣) .

٢- وحكم بهذا الأصل عمر بن عبد العزيز(٤) .

٣- ولأن الضمان أحد العوامل الثلاثة في استحقاق الربح، فتستحق به الغلة(٥) .

خامساً : الفروع المندرجة تحت القاعدة :

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية منها :

١- لو أعتق الراهن العبد المرهون، نفذ عتقه، فإن كان الراهن غنياً فلا سعاية على العبد، لإمكان المرتهن أخذ حقه من الراهن. وهو الأداء إن كان الدين حالاً أو قيمة الرهن إن كان موجلاً.

وأما إن كان الراهن فقيراً فيسعى العبد للمرتهن في الأقل من قيمته ومن الدين، لتعذر أخذ الحق من الراهن، فيؤخذ ممن حصلت له فائدة العتق وهو العبد. (٦)

٢- **ومنها** : لو رد المشتري حيواناً، أو سيارة، أو داراً بخيار العيب بعد قبضه واستعماله غير عالم بالعيب، وكان قد استعمل المشتري مرة بنفسه أو آجره من غيره وقبض أجرته، لا يلزم رد ذلك للبائع معه لكونه في ضمان المشتري، لأنه لو كان تلف في يده قبل الرد لكان تلفه عليه ومن ماله، أما

---

(١) الحديث سبق تخريجه في ص (٣٦)

(٢) المنثور في القواعد (٢/ ١١٩) وانظر كذلك الأشباه والنظائر لإبن السبكي (٢/ ٤١-٤٠).

(٣) الحديث سبق تخريجه في ص (٣٣٢) .

(٤) رواه الحاكم في المستدرك: (١/ ٨٨) وعبد الرزاق في المصنف: (٨/ ١٧٧-١٧٦) ، وانظر : إعلام الموقعين: (٢/ ٦٢).

(٥) انظر : الأشباه والنظائر لإبن السبكي: (٢/ ٤١-٤٠) والقبس لابن العربي: (٢/ ٨٠٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لإبن السبكي (٢/ ٤١-٤٠).

لو كان المشتري عالما بالعيب، واستعمل المبيع بعد اطلاعه عليه فيسقط خياره ولا يحق له الرد.[١]

٣- **ومنها** : لو اشتري عبداً، وفسخ البيع قبل القبض، فهل كسب العبد الذي كسبه ما بين انعقاد العقد وفسخه للبائع أو للمشتري؟ إن قيل : إن العقد ارتفع من أصله، فالكسب للبائع، وإن قيل : إن العقد ارتفع من حين ظهور سبب الفساد، فالكسب للمشتري ومن ناحية ثانية يمكن أن يقال : إذا كان ضمان البيع في هذه المدة على البائع فالكسب له، لأن الخراج بالضمان، وإن كان العبد ملكاً للمشتري بالعقد لكنه قبل التسليم لا زال في ضمان البائع[٢] .

٤-**ومنها**: لو وَهب إنسان لآخر شيئاً كدابة مثلاً، فولدت عند الموهوب له، أو آجرها وأخذ أجرتها ثم رجع الواهب في هبته فإنما يسترد الأصل دون الولد أو الأجرة[٣] .

٥- **ومنها**: لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب و كان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله.[٤]

٦- **ومنها**: مسألة المقبوض بعقد صحيح ، فإن الغلة تكون للمشتري بمقابلة الضمان.

سادساً : يستثنى من هذه القاعدة ما يأتي :

«إذا اعتقت امرأة عبداً فإن ولاءه يكون لابنها، أما لو جنى هذا العبد جناية خطأ فالعقل، أي الدية على عصبة المرأة لا على ابنها. فعصبة المرأة هنا عليهم العقل ولا ميراث لهم بوجود الابن»[٥] .

---

(١) انظر: : الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٣٥٩) و المدخل الفقهي العام: (٣/ ٢٢٠-٢١٩).

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٣٥٩) والمنثور للزركشي: (٣/ ٤٩) والأشباه والنظائر للسيوطي : ص(٢٩٢).

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام: (٣/ ٢٢٠-٢١٩) ومجلة الأحكام العدلية: المادة: (٨١٩).

(٤) انظر: درر الحكام : (١/ ٨٨).

(٥) انظر : المنثور في القواعد للزركشي: (١/ ١٢١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص (١٣٦).

المبحث العاشر: قاعدة: امتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بأركان الملك، وهي قاعدة مهمة في مضـــمونها ومدلولها.

وهي تباشر أحكام ثبوت الملكية للمحجور عليه لحق الغير لا لحق نفسه .

والقاعدة تشتمل أيضاً على مدى صحة ثبوت الملك والضمان لمن لا يصح تصرفه.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور التالية :

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

القاعدة باللفظ المذكور وردت في المبدع[1]، وكذلك ذكرها الندوي في موسوعته المشهورة[2] كما أشـار إليها ابن قدامة في المغني حيث قال : «وجواز فسـخه لا يوجب قصـوره، ولا يمنع نقل الملك كبيع المبيع، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض»[3].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة، وما يتعلق بها :

أ-معنى التصرف لغة واصطلاحاً :

١- التصرف في اللغة : تفعل من الصرف. ومعناه " التقلب في الأمور والسـعي في طلب الكسـب،"[4] يقال : «صرفته عن وجهه صرفاً من باب ضرب، وصرفت الأجير والصـبي : خليت سبيله، وصرفت المال : أنفقته، وصرفت الذهب بالدراهم : بعته»[5].

٢-التصرف في الاصطلاح :

هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل أو سبب، وقيل : ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة.

يتضح من هذا التعريف أن التصرف أعم من العقد بمعنييه العام والخاص، لأن التصرف قد

---

(١) المبدع لإبن مفلح: (٤/ ٧١).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٨٠).

(٣) المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٢).

(٤) انظر : القاموس المحيط: ص (١٠٧٠-١٠٦٩)، ولسان العرب: (٩/ ١٨٩) والمعجم الوسيط: ص (٥١٣).

(٥) انظر : المصباح المنير: ص (١٢٩).

يكون في تصرف لا التزام فيه كالسرقة والغصب ونحوهما، وهو كذلك أعم من الالتزام.

ب-أنواع التصرف[١] :

التصرفات عند الفقهاء نوعان: تصرفات فعلية، وتصرفات قولية .

النوع الأول: التصرفات الفعلية:

هي ما كان مصدرها عملاً فعلياً غير اللسان، بمعنى أنه يحصل بالأفعال لا بالأقوال، ومن أمثلتها : الغصب، وهو أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة[٢] . فالغصب فعل وليس قولاً . أيضاً قبض البائع الثمن من المشتري، وتسليم المشتري المبيع من البائع. هكذا سائر التصرفات التي يعتمد المتصرف في مباشرتها على ا لأفعال دون الأقوال كالسرقة والقتل والقطع.

وهذه التصرفات تنقسم إلى قسمين :

الأول : التصرفات التي رتب عليها الشرع آثاراً شرعية كالقبض و والإحياء و الصيد وغير ذلك.

الثاني : التصرفات التي رتب عليها الشرع عقوبات شرعية سواء كانت مقدرة من قبل الشارع أي غير مقدرة موكولة إلى اجتهاد الحاكم، وهي كالإعتداءات والجنايات.

النوع الثاني : التصرفات القولية :

وهي التصرفات التي تعتمد على الألفاظ دون الأفعال، ويدخل فيه الإشارة والكتابة. ومن أمثلة هذه التصرفات:سائر العقود سواء كانت لازمة أو جائزة. و كذلك الوقف، و الطلاق، و الإبراء و الحلف و غير ذلك.

٢-والتصرفات من حيث المصالح تنقسم إلى ثلاثة أقسام[٣]:

١-التصرفات النافعة نفعاً محضة لكل واحد، وهذا يجوز لممتنع التصرف أيضاً مثل قبول الهبة،

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: (١٢/ ٧١) .

(٢) انظر : جواهر الإكليل: (٢/ ١٤٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٦، ١٤١) وجامع أحكام الصغار: (١/ ١٨)، وشرح المجلة للأتاسي: (٣/ ٣٦٤، ٥٣٠) .

والعطية والوصية ونحو ذلك.

٢-**التصرفات الضارة ضرراً محضاً**، هذا النوع من التصرف لا يجوز من جائز التصرف وهو البالغ العاقل غير المحجور عليه[١]

٣-**التصرفات الدائرة بين النفع والضرر** كالبيع والشراء والإجارة والنكاح وما شاكل ذلك .

هذه التصرفات وما ينشأ عنها لا يصح من ممتنع التصرف إلا بإجازة[٢].

ج- المقصود بامتناع التصرف: هو منع الإنسان من التصرف في ماله لأسباب و بشروط خاصة وهو المعروف لدى الفقهاء بالحجر [٣]

د- امتناع التصرف لأجل المصلحة ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : امتناع التصرف لمصلحة النفس : وله أقسام :

١-تصرف المجنون :

الجنون هو اخلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً[٤] وهو إما أن يكون مطبقاً أو متقطعاً.[٥]

لا خلاف بين الفقهاء في منع تصرف المجنون سواء أكان الجنون أصلياً أم طارئاً ، وسواء أكان قوياً أم ضعيفاً . والقوي المطبق، والضعيف غيره. أما إذا كان الجنون متقطعاً فإنه لا يمنع التكليف في حال الإفاقة ولا ينفي أصل الوجوب.[٦]

٢-تصرف الصغير :

---

(١) انظر : مغني المحتاج: (٢/ ١٢٨)، والمجموع للنووي: (٩/ ١٥٧) و كشاف القناع: (٤/ ٢٥٤).

(٢) انظر : أصول البزدوي مع كشف الأسرار: (٤/ ١٣٧٥) والبهجة شرح التحفة: (١/ ٢٠١).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٣١٢) و بداية المجتهد: (٢/ ٢٧٩) و المجموع شرح المهذب: (٩/ ١٥٧) و المغني لابن قدامة: (٤/ ٥٠٥ وما بعدها) .

(٤) انظر : التعريفات للجرجاني: ص (٧٩).

(٥) انظر : حاشية الصاوي على شرح الصغير: (٣/ ٣٨١).

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين: (٥/ ٩١-٩٠)، والشرح الصغير: (٣/ ٣٨١)، و مغني المحتاج: (٢/ ١٦٦-١٦٥)، كشاف القناع: (٣/ ٤٤٢-٤١٧).

=

اتفق الفقهاء على أن الصغر موجب للحجر. واتفقوا أيضاً على أن الصغير إذا كان غير مميز فتصرفاته باطلة لا يعتد بها شرعاً[١].

واختلفوا في تصرف الصبي المميز، إذا كان التصرف متردداً بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والمساقاة وغيرها من عقود المعاوضات على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن مثل هذه التصرفات باطلة. وهذا القول ذهب إليه الشافعية[٢] وأحمد في رواية[٣].

القول الثاني: إن مثل هذه التصرفات موقوفة على إجازة من يلي أمر المحجور عليه، فإن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت. وهذا القول ذهب إليه المالكية[٤].

القول الثالث: إن مثل هذه التصرفات صحيحة ونافذة، إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة، وموقوفة على الإجازة إن كان غير مأذون له. وهذا القول ذهب إليه الحنفية[٥]، وأحمد في رواية، رجحها صاحب المغني[٦].

٣-تصرف السفيه:

اختلف الفقهاء في تعريف السفيه مع أنهم اتفقوا على أن تصرف السفيه في ماله حكمه حكم تصرف الصبي المميز[٧].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحجر على السفيه لا بد له من حكم حاكم، كما أن فك الحجر عنه لا بد له أيضاً من حكم الحاكم. لأن الحجر إذا كان بحكم الحاكم لا يزول إلا به.

---

(١) انظر: الهداية: (٣/ ٢٨٠)، الحطاب: (٤/ ٢٤٦)، والمغني: (٤/ ٥٢١).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٦٦).

(٣) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٤٣١).

(٤) انظر: الشرح الكبير: (٣/ ٢٩٦-٢٩٤)، والشرح الصغير: (٣/ ٣٨٤).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٤٩) وما بعدها، شرح فتح القدير: (٥/ ٣١٢) وما بعدها، والبحر الرائق (٥/ ٢٨١) وما بعدها.

(٦) انظر: المغني: (٤/ ٢٧٢).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٩٣)، والشرح الصغير: (٣/ ٣٨٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٧١)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٢٩٤).

=

٤-تصرف المعتوه:

المعتوه هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فا سد التدبير لا ضطراب عقله، سواء من أصل الخلقة أو لمرض طارئ .[1]

فإن كان العته شديداً ، والمعتوه غير مميز، فهو كالمجنون والصغير غير المميز، تكون تصرفاته كلها باطلة. وقد ألحقت كتب الفقهاء العته بالجنون[2] .

وإن كان العته خفيفاً، والمعتوه مميزاً فتصرفه الضار يكون باطلاً والنافع يكون صحيحاً، والدائر بين النفع والضرر يكون موقوفاً على إجازة وليه . وهذا مذهب الحنفية[3].

٥- تصرف المغفل:

المغفل هو الذي يغبن في البيوع، ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في بيعه وشراءه، لقلة خبرته و سلامة قلبه،. ويختلف عن السفيه بأنه ليس بمفسد لماله، ولا بمتابع هواه، ولا يقصد الإفساد. [4]

اختلف الفقهاء في امتناعه من التصرف على قولين[5]

القول الأول: لا يحجر على المغفل. هذا قول أبي حنيفة.

القول الثاني: يحجر عليه رعاية لمصلحته وحكم تصرفاته كالسفيه. هذا قول الصاحبين ورأى باقي الفقهاء، إلحاقاً له بالسفيه.

٦-تصرف الفاسق :

اتفقت المذاهب الأربعة[6] على أنه لا يحجر على الفاسق بسبب الفسق وحده دون تبذير ماله. فلو فسق السفيه ولم يبذر، لم يحجر عليه، لأن الفاسق أهل للولاية على أهله وأولاده.

---

(١) انظر: التعريفات الفقهية : ص (١٣٩) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٧/ ١٧٠)، تبيين الحقائق: (٥/ ١٩١) وما بعدها، شرح فتح القدير: (٧/ ٣١٣-٣١٠)، الشرح الكبير: (٣/ ٢٩٢)، مغني المحتاج: (٢/ ١٦٥) وما بعدها، كشاف القناع: (٣/ ٤٣٠).

(٣) انظر : الدر المختار: (٥/ ١٠٠)، شرح فتح القدير: (٧/ ٣١١).

(٤) انظر: الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة: (١٩٨) .

(٥) انظر : الدر المختار: (٥/ ١٠٢) وما بعدها، تبيين الحقائق: (٥/ ١٩٨)، بدائع الصنائع: (٧/ ١٦٩).

(٦) انظر : الدر المختار: (٥/ ١٠٢)، الشرح الكبير: (٣/ ٢٩٢)، مغني المحتاج: (٢/ ١٧٠) كشاف القناع: (٣/ ٤٤٠).

=

و وهناك قول للشافعية [١] بأن الفاسق يحجر عليه كالاستدامة بأن بلغ فاسقاً.

القسم الثاني: امتناع التصرف لمصلحة الغير : وله أقسام :

١ - امتناع تصرف المدين المفلس لأجل الغرماء:

اختلف الفقهاء في امتناعه من التصرف على قولين :

القول الأول: لا يحجر على المدين المفلس، وهذا قول أبي حنيفة[٢]

لأن في الحجر إهداراً لحرمته وإنسانيته وأهليته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن. فتنفذ تصرفاته، ولا يباع ما له جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه. [٣]

القول الثاني: يحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع. وهذا قول الصاحبين وهو المفتي به عند الحنفية [٤] وقول جمهور الفقهاء. [٥]

٢- امتناع تصرف مريض الموت فيما زاد على الثلث لأجل الورثة[٦] :

اتفق أئمة المذاهب[٧] على جواز الحجر على مريض الموت فيما زاد على الثلث لأجل الورثة، وصرح المالكية أنه يلحق به من يخاف عليه الموت كالمقاتل في صف القتال، والمجوس للقتل، أو المحكوم بالإعدام، والحامل إذا بلغت ستة أشهر، وغيرها.

٣- امتناع تصرف الزوجة في تبرع مالها لصالح زوجها :

اختلف الفقهاء في امتناع تصرف المرأة لأجل زوجها على قولين :

القول الأول: للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة، لقوله تعالى: ﴿ئائەئەئوئو

(١) انظر : مغني المحتاج: (٢/ ١٦٧).

(٢) انظر : شرح فتح القدير: (٧/ ٣٢٤) وما بعدها، وتبيين الحقائق: (٥/ ١٩٩).

(٣) انظر: وتبيين الحقائق: (٥/ ١٩٩) .

(٤) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٣٢٤) وما بعدها، وتبيين الحقائق: (٥/ ١٩٩). و البحر الرائق: (٨/ ٨٣) .

(٥) انظر:الشرح الكبير: (٣/ ٢٦٥) و شرح الخرشي: (٥/ ٢٦٦) و نهاية المحتاج : (٤/ ٣٣٢-٣٣٠) و المغني: (٤/ ٤٣٩) و شرح المنتهى :(٢/ ٢٨٧).

(٦) انظر : مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٨٨٨).

(٧) انظر : المغني: (٤/ ٤٦٤)، كشاف القناع: (٣/ ٤٠٥).

ﯼﯽﯾﯿ﴾[1] وهو ظاهر في فك الحجر عنهم، وإطلاقهم في التصرف هذا قول الجمهور[2] .

القول الثاني: يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة لصالح زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والكفالة فيما زاد على ثلث مالها. ويكون تبرعها بزائد عن الثلث نافذا حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه. وهذا قول المالكية[3] ورواية عن أحمد[4] .

٤- امتناع تصرف الراهن في ا لعين المرهونة:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه ليس للراهن التصرف في المرهون بعد لزوم العقد بما يزيل الملك كالبيع، والهبة والوقف، أو يزحم المرتهن في مقصود الرهن، كالرهن عند آخر، أو يقلل الرغبة في المرهون، إلا بإذن المرتهن[5].

القسم الثالث: امتناع التصرف للمصلحة العامة:[6]

هذا القسم ذهب إليه الحنفية[7] وصرحوا بأنه يجوز امتناع التصرف للمصلحة العامة. لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام أو يدفع الضرر الأعلى بالأدنى. فذهبوا إلى فرض الحجر على ثلاثة:

الأول : المفتي ا لماجن : هو ا لذي يعلم الناس الحيل الباطلة، كتعليم الزو جة الردة لتبين من زوجها، أو تعليم الحيل بقـ صد إ سقاط الزكاة، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام وتحريم الحلال، أو أن يفتي عن جهل.

---

(١) الآية: (٦) من سورة النساء .

(٢) انظر : المغني: (٤/ ٤٦٤).

(٣) انظر :الشرح الكبير: (٣/ ٣٠٧) وما بعدها، الشرح الصغير: (٣/ ٤٠٢) و الفروق للقرافي: (٣/ ١٣٦) و الذخيرة: (٧/ ٢٩٤).

(٤) انظر : المغني: (٤/ ٤٦٤)، كشاف القناع: (٣/ ٤٠٥).

(٥) انظر : القوانين الفقهية: ص (٣١٩)، حاشية الطحطاوي: (٤/ ٢٤٧)، أسنى المطالب: (٢/ ١٥٨)، والمغني: (٦/ ٤٤٨).

(٦) انظر : الموسوعة الفقهية : (١٧/ ١٠١).

(٧) انظر: تبيين الحقائق: (٥/ ١٩٣)، الدر المختار: (٥/ ١٠٢) وما بعدها، بدائع الصنائع: (٧/ ١٦٩)، شرح فتح القدير: (٧/ ٣١٦).

=

الثاني : الطبيب الجاهل : هو الذي يسقي المرضى دواء مهلكاً، وإذا قوىٰ عليهم المرض لا يقدر علىٰ إزالة ضرره.

الثالث : المكاري المفلس : هو الذي يكري إبلا وليس له إبل ولا مال ليشتريها به، وإذا جاء أوان الخروج يخفي نفسه.

وليس المراد بامتناع التصرف عن هؤلاء الثلاثة حقيقة الامتناع وهو المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف، وإنما المقصود المنع الحسي، لأن الأول مفسد للأديان، والثاني مفسد للأبدان والثالث مفسد للأموال. فمنع هؤلاء المفسدين دفع ضرر لاحق بالخاص والعام، وهو من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[1].

الرابع: امتناع تصرف المرتد لحق المسلمين:

وذهب الشافعية والحنابلة إلىٰ أن المرتد يحجر عليه لحق المسلمين، لأن تركته فيئ فيمنع من التصرف في ماله لئلا يفوته علىٰ ا لمسلمين[2] .

ثالثاً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

تدل هذه القاعدة علىٰ أن الحجر علىٰ الإنسان والامتناع من التصرف لا يمنع ثبوت الملك له، قد يكون الإنسان ممتنعاً عن التصرف، إما لمصلحة نفسه أو لمصلحة غيره ولكنه يجوز له أن يملك الأشياء، وذلك لأن ثبوت الملك له من باب التصرفات النافعة المحضة.

والقاعدة تفيد أيضاً أن الإنسان مع كونه صاحب الاختيار والحرية الإرادية قد يمنع من التصرف لمصلحة نفسه، ولمصلحة غيره وهذا الحصر والمنع لا يكون سداً لجلب مصالحه الخاصة بل يكون امتناعه من التصرف تحقيقاً لمصلحة أولىٰ الاعتبار بها من غيرها.

ويفهم من دلالة القاعدة أن ثبوت الملك في الأشياء يعتمد علىٰ الموجب، فإذا وجد ثبت الملك، وإن كان صاحب الملك من لا يقدر علىٰ التصرف فيه. فإذا زال عنه الحجر والمنع من التصرف يسوغ له أن يتصرف في ملكه بما يشاء.

و قد جاءت القاعدة مقيدة بممتنع التصرف لمصلحة غيره علىٰ الغالب، ولكنها تدل بفحواها

(١) انظر : حاشية ابن عابدين: (٥/ ٩٣). وانظر كذلك في الموسوعة الفقهية: (١٧/ ١٠١)

(٢) انظر : حاشية الدسوقي: (٣/ ٢٩٢)، مغني المحتاج: (٢/ ١٦٥)، وشرح منتهىٰ الإرادات: (٢/ ٢٧٤).

على أن الإنسان إذا كان ممتنعا من التصرف في ماله لأجل غيره فهو أولى أن يكون ممتنعا من سائر التصرفات لمصلحة نفسه.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة تتعلق بالحجر على التصرف، وهي من القواعد التي اعتنى بها فقهاء الحنابلة، إلا أن القاعدة بمضمونها مما اتفق عليه الفقهاء.[1]

لأن الملك إذا ثبت بسبب شرعي فلا يمنع ذلك امتناع التصرف كملك الصبي.

ولأن انتقال الملك وثبوته إنما ينبني على سببه الناقل له، وهو العقد وما في معناه، فإذا ثبت ذلك فلا يمنع امتناع التصرف منه.[2]

خامساً : الفروع المندرجة تحت القاعدة :

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية منها :

١-الصبي يملك المال الموروث عن مورثه، ولكنه ممنوع من التصرف القولي والفعلي في أمواله إلا بإذن الوصي لمصلحته، وامتناعه من التصرف لا يمنع ثبوت ملكه في التركة، وكذلك في سائر الحقوق .

٢- **ومنها** : المشتري يملك المبيع في بيع الخيار بنفس العقد، وإن كان الخيار لهما أو للبائع، وهذا عند الحنابلة في المذهب[3] وأحد أقوال الشافعية الثلاثة[4] وامتناع التصرف في المبيع لا يمنع ثبوت ملك المشتري فيه.

٣-**ومنها**: المال المرهون و زوائده يملكه الراهن لكونها من نماء ملكه. وإن كان الراهن يمنع من التصرف فيه[5] .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٢٣،١١٠،٩٣،٩٠)، والقوانين الفقهية (ص٢١٢)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٠٦)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٤١) وما بعدها، ومغني المحتاج (٢/ ١٣٠وما بعدها)، والمهذب (١/ ٣١١،٣٠٩)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٢٢)، وكشاف القناع (٣/ ٣٢١ وما بعدها).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٢).

(٣) انظر : المغني: (٦/ ٢٢-٢٠).

(٤) انظر : مغني المحتاج: (٢/ ١٥).

(٥) انظر : المغني لابن قدامة: (٢/ ٢٢).

٤-ومنها: المرتد يملك الأشـياء، وكذلك غلات ملكه مع كونه ممنوع التصرف في ماله لحق المسلمين.[١]

٥-ومنها: المدين المفلس فإنه يثبت له الملك في الأشـياء المشـتراة مع كونه ممنوع التصرف في ماله.[٢]

هذه نماذج من الفروع الفقهية التي تؤكد أن القاعدة بالصفة المذكورة قاعدة صحيحة ومعمول بها لدى الفقهاء والله أعلم بالصواب.

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٢)، ومغني المحتاج (٢/ ١٦٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٧٤).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية (٦٢،١٥)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٦٧، ٢٦٨)، وشرح المنهاج مع حاشية القليوبي (٢/ ٢٨٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٧٨).

المبحث الأول : قاعدة: كل موضعٍ فسد فيه العقد لم يحصل به ملك وإن قبض

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بما لا تثبت فيه الملكية مع كونه محلا للملك وهي كأصلٍ فقهي تحوي في طياتها أحكام المعقود عليه الفاسد ولو اتصل به القبض. وهي تتعلق بتلك الأعيان و المنافع التي لا يثبت فيها الملك لفساد العقود الواردة عليها.

كما أن القاعدة تلقي الضوء على أحكام العقد الفاسد من حيث إفادته للملك. والقاعدة كقاعدة العقد الفاسد من حيث الدلالة والمعنى إلا أنها وردت في محل الملك، ولهذا أفردت دراسة في مضمونها.

دراسة القاعدة تأتي على الترتيب المذيل:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة بصيغتها من القواعد التي اعتنى بها فقهاء الحنابلة، وقد ذكرها ابن قدامة في الكافي[1] فقال: «**كل موضع فسد العقد لم يحصل به ملك وإن قبض**؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد فأشبه ما لو كان الثمن ميتة» . والقاعدة ذكرها الندوي في الموسوعة أيضا [2] .

وقد وردت القاعدة بألفاظ مختلفة حسب اختلاف الفقهاء في اعتبارها أذكر هنا شيئا من ألفاظها.

١ - ألفاظها عند فقهاء الحنفية:

الفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن[3] .

الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به[4] .

البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض[5] .

---

(١) الكافي لابن قدامة: (٣/ ٦٢)

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٣٥٤)

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ١٠٧)

(٤) شرح فتح القدير: (٦/ ٤٠٤)

(٥) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٠٧) مادة رقم: (٣٧١)

=

هذه الألفاظ من فقهاء الحنفية تشير إلى أن القاعدة مما وقع فيه الخلاف بين الفقهاء، ويظهر أثر هذا الخلاف عند بيان أقوالهم في اعتبار القاعدة.

٢-ألفاظها عند المالكية:

البيع الفاسد إنما يدخل في ضمان المشتري إذا لم يكن فيه خيار [١] .

البيع الفاسد لا ينقل الملك وإنما ينقل الضمان خاصة [٢] .

هل ينقل بيع ذوفساد شبهة الملك إن أُجمع عليه أم لا [٣] .

٣-ألفاظها عند الشافعية:

الفاسد لايملك فيه شيء [٤] .

٤-عند الحنابلة:

العقد الفاسد وجوده كعدمه [٥] .

وهناك عبارات أخرى تشهد لأصل القاعدة أيضا [٦]

ثانيًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة باللفظ المذكور يدل على أن العقد إذا فَسَدَ في موضع من المواضع بسبب من أسباب الفساد لا يثبت فيه الملك و لو اتصل به قبض من أحد الطرفين، فالمعقود عليه الفاسد لا يعتبر محلا للملك. ويعتبر التصرف فيه مثل التصرف في ملك الغير .

ولا ينفذ تصرف من القابض في المقبوض بشراء فاسد . وعلى هذا كل تصرف من قابض الفاسد يكون تعديا على ملك غيره.

والقاعدة بمفهومها العام تفيد أن القبض لا يؤثر في صحة تصرف القابض فيما قبضه بعقد

---

(١) البيان والتحصيل: (٧/ ٥٠٧) (٨/ ٣٩٩)، وانظر: القبس لابن العربي: (٣/ ٨٦٨)

(٢) انظر: المعيار للونشريسي: (٥/ ٦٣)

(٣) انظر: شرح المنهج المنتخب: ص (١٢٨)

(٤) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ١٣)

(٥) انظر: الروض المربع: (٣/ ١١٧) وكشف القناع: (٥/ ٤٢٠)

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣١٠) و حاشية الرملي: (٢/ ١٧١)

=

فاسد، لأن الفاسد لايقوم سببا للملك وكذلك القبض في المبيع الفاسد في ثبوت الملك فيه.

ثالثًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

سبقت الإشارة إلى أن القاعدة اعتبرها فقهاء الشافعية (١) والحنابلة (٢) بهذا الإطلاق.

وخالفهم فقهاء الحنفية والمالكية، فقالوا بثبوت ملك التصرف عند تمام القبض على المعقود عليه. وعبر فقهاء المالكية عن هذا الملك بشبهة الملك(٣).

وذلك لأن القبض عند فقهاء الحنفية مشابه بالعقد، والمستفاد بالقبض هو ملك التصرف (٤) ويأتي بيانه في قاعدة الباطل إن شاء الله تعالى.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة فروع متعددة منها:

١-لو فسد البيع لأجل الغرر أو لوجود الضرر في تسليم المبيع بأن باع أحد جذعاً في سقف، أو آجراً في حائط أو ذراعاً في ديباج، فإنه لا يجوز، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وفيه ضرر بالبائع، والضرر غير مستحق بالعقد، فكان بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً فيكون فاسداً ولا يثبت بهذا العقد الملك للمشتري وإن حصل به قبض.(٥)

٢-ومنها: لو باع شيئاً بعشرة دراهم، وفي البلد نقود مختلفة، انصرف إلى النقد الغالب، فيصح العقد، لكنه إذا كان في البلد عدة نقود غالبة فالبيع فاسد، لأن الثمن مجهول إذا البعض ليس بأولى من البعض.(٦)

٣-ومنها: لو فسد العقد بجهالة الأجل سواء أكانت جهالة الأجل فاحشة كهبوب الريح ونزول المطر ونحو ذلك، أم متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز ونحو ذلك، لأن الأول فيه غرر

---

(١) انظر: نهاية المحتاج: (٣/ ٣٦٤)

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٨)

(٣) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٣/ ١٧٢)

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ١٠٩-١٠٨).

(٦) انظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٣).

الوجود والعدم، والنوع الثاني مما يتقدم ويتأخر فيؤدي إلى المنازعة، فلا يثبت فيه الملك ولو حصل به القبض.[١]

٤-**ومنها**: بيع الشيء واستثناء شيء مجهول منه وصورة ذلك أن يبيع حيواناً ويستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد، لأن الجنين في بطن الحيوان مجهول، ولأن جهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه، فلا يثبت به الملك وإن قبض المشتري.[٢]

٥-**ومنها**: لو حصل فساد البيع لأجل جهالة القدر بأن باع صرة تحتها دكة تمنع من تخمين القدر فإنه لا يثبت فيه الملك، لأنه وقع بيعاً فاسداً.[٣]

٦-**ومنها**: إذا حصل فساد العقد بسبب الجهالة بأصل مقدار المبيع بأن باع بملء ذا البيت أو بزنة هذه الحصاة ذهباً، يعتبر ذلك العقد فاسداً وذلك لأنه غرر لا يسهل اجتنابه.[٤]

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٨)، والاختيار (٢/ ٢٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٢٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣١٩)، ومغني المحتاج (٢/ ١٦).

المبحث الثاني : ضابط : الأعيان لا تملك بالإجارة

هذا الضابط من الضوابط المهمة التي تتعلق بملكية الأعيان عن طريق الإجارة، والضابط بمدلوله ومضمونه يحوي حكم الإجارة من حيث إفادتها لملكية الأعيان. كما أنه يباشر حكم الأعيان المستأجرة من حيث ثبوت الملك فيها.

دراسة الضابطة تأتي على الترتيب المذيل :

أولاً: الكلام على أصل الضابط، ووضعه وألفاظه:

هذا الضابط باللفظ المذكور ذكره القاضي أبو يعلى الحنبلي في المسائل الفقهية[1] وكذلك النووي في المجموع شرح المهذب [2] حيث قال : «لا يجوز أن يستأجر البركة لأخذ السمك منها، لأن الأعيان لا تملك بالإجارة فلو استأجر البركة ليحبس فيها الماء ليجتمع فيها السمك، ويصطاده فوجهان : أحدهما: لا يجوز...وأصحهما عند الأصحاب جوازه...لأن البركة يمكن الاصطياد بها، فجازت إجارتها كالشبكة. قالوا : وقول الشافعي:" لا يجوز إجارة البركة للحيتان" أراد به إذا حصل منها سمك وأجرها لأخذ ما حصل فيها، وهذه الإجارة باطلة، لأنها إجارة لأخذ الغير ، فأما البركة الفارغة فإنه يجوز إجارتها» .

وقد ذكره الماوردي بلفظ : «الأعيان لا تستباح بالإجارة» حيث قال : «إذا ثبت هذا فهل يملك الماء الذي يحصل في هذين الغربين[3] (من أنواع الآبار) أم لا؟ نص الشافعي: على أنه يملك، ومن أصحابنا من قال : لا يملك، لأن الماء في البئر لو كان مملوكاً يستباح بالإجارة، لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة»[4] .

قال في المبسوط ما يؤكد هذا المعنى: «لأن الإجارة تصرف في منافعه لا في عينه، وليس من ضرورة صحة الإجارة رق المحل، فإن منافع الحر تملك بالإجارة عند إيجابه أو إيجاب الغير ببيانه،

---

(١) المسائل الفقهية لأبي يعلي الحنبلي :ص (٤٥٥).

(٢) المجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٤٥).

(٣) الغربين: تثنية غرب وهو آداب إخراج الماء من البئر.انظر: القاموس المحيط ص (١٥٣).

(٤) الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٥٠٦) .

=

وتكون منفعته حقاً له»[1] .

وأشار إلى هذا المدلول كثير من الفقهاء في كتبهم[2] .

ثانياً : شرح مفردات الضابط وما يتعلق به:

معنى الأعيان لغة واصطلاحاً :

أ-الأعيان في اللغة: جمع عين ، وهو المال الحاضر الذي تراه العيون[3] والعين تطلق على أشياء. تطلق على ما يقابل الدين، يقال : اشتريت بالدين أي ما في الذمة. ويقال اشتريت بالعين أي النقود الحاضرة. وعين الشيء : نفسه. يقال : «أخذت مالي بعينه أي نفس ماله» . وتطلق العين على ما ضرب من الدنانير والدراهم، ومن اطلاقاتها العين الباصرة. والعين يمعنى الجاسوس. والأخوة الأعيان هم الإخوة الأشقاء. وتطلق على الذوات أيضاً[4] وتطلق على ما يقابل العرض وما يقابل الدين أيضاً.[5]

ب-الأعيان في الاصطلاح :

«هي أن يكون الشيء ذا كيان ما دي ووجود خارجي حسي وشخص يمكن معه إحرازه والسيطرة عليه»[6] .

وعلى هذا فالأعيان هي الذوات والأشياء المادية المحسوسة كالمأكولات والمشروبات والسيارات والأثاث والألبسة والأجهزة الكهربائية ومواد البناء والعطور ونحو ذلك. وقال الكفوي : «العين هو كل شيء عرض إلا الدرهم والدنانير، فإنها عين»[7]

وقد جاء في «مجلة الأحكام العدلية» : «العين: الـ شيء المعين للـ شخص كبيت وحـ صان وكرسي

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي: (١٨/ ١٦٠)

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٤/ ١٧٥)، بداية المجتهد: (٢/ ٤١٩)، والمحرر" (١/ ٣٥٦)، كشاف القناع" (٣/ ٤٦٩)، (٤/ ٢-١٠).

(٣)معجم مقاييس اللغة: ص (٧٢٧).

(٤) انظر : مختار الصحاح: ص(٤٦٦)، والقاموس المحيط: ص(١٥٧٢) والمعجم الوسيط: (٦٤١).

(٥) انظر : الحاشية القليوبي: (٤/ ٣١١).

(٦) انظر : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي: (٢/ ١٥)، ومجلة الأحكام: (١/ ١١٢).

(٧) انظر : الكليات: (٥/ ٥٩٩) لعل هذا الإطلاق قديم، وهو إطلاق الثمن على العين.

=

وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين، وكلها أعيان»[1]

ج- تتعلق بها مسألة وهي: ماذا يملك بالإجارة أو محل الإجارة ما هو؟

الفقهاء متفقون على أن الإجارة تستباح بها المنافع لا الأعيان،[2] ولكنهم اختلفوا في بيان المعقود عليه في الإجارة وصفته وذهبوا إلى ثلاثة اتجاهات:

الإتجاه الأول: تملك بالإجارة المنافع مطلقاً ، وهي تختلف باختلاف محالها.

وهذا مذهب الحنفية[3] .

الإتجاه الثاني: إنه يستباح بالإجارة منافع الأعيان، ومنافع في الذمة

وهذا مذهب المالكية[4] والشافعية[5] .

واشترطوا في إجارة الذمة تعجيل النقد للخروج من مبادلة الدين بالدين[6] .

الإتجاه الثالث : أنه يستباح بالإجارة ثلاثة أشياء:

١-العمل في الذمة في محل معين أو موصوف في الذمة كخياطة ثوب ورعي غنم.

٢-منفعة عين موصوفة في الذمة.

٣- منفعة عين معينة لمدة محددة.

وهذا مذهب الحنابلة[7] .

الذي يظهر لي هو القول بإفادة ملك المنافع مطلقاً ما لم يدل دليل مانع؛ لأن المصلحة وحاجة الناس تقتضي ذلك .

ثالثاً : المعنى الإجمالي للضابط :

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٥٩): (١/ ٧٤).

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٤/ ١٧٤، ١٧٥)، والفتاوى الهندية: (٤/ ٤١١).

(٣) انظر : بدائع الصنائع: (٤/ ١٧٤، ١٧٥)، والفتاوى الهندية: (٤/ ٤١١).و حاشية الدسوقي: (٤/ ٣). والمهذب: (١/ ٣٩٩).و المغني: (٦/ ٨) وما بعدها، وكشاف القناع: (٣/ ٤٦٩).

(٤) انظر : حاشية الدسوقي: (٤/ ٣).

(٥) انظر : منهاج الطالبين: (٣/ ٦٨) والمهذب: (١/ ٣٩٩).

(٦) انظر : بداية المجتهد: (٢/ ٢٤٩).

(٧) انظر : المغني: (٦/ ٨) وما بعدها، وكشاف القناع: (٣/ ٤٦٩).

=

الضـــابطة باللفظ المذكور تدل على أن الإجارة لا تفيد ملكية الأعيان، وإنما تفيد ملكية المنافع، وعلى هذا الفقهاء -رحمهم الله- ينصـــون على أن الإجارة لا تنعقد على إتلاف العين ذاتها بل الإجارة تقع على منفعة يمكن ا ستيفاؤها مع بقاء العين المؤجرة، فإذا كانت الإجارة تستدعي ا ستهلاك العين المؤجرة فإنهم لا يعتبرونها إجارة فا سدة بل إنهم تو سعوا في ا ستيفاء منافعها، فقالوا إذا كانت المنافع يقتضي استيفاؤها إتلاف العين كالشمعة للإضاءة، فإن الإجارة تقع صحيحة[1] .

والضـــابطة بمفهومها العام تفيد أن الإجارة على ملكية الأعيان لا تنعقد صـــحيحة وهي إجارة فاسدة.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذا الضابط:

اتفق الفقهاء على أن الإجارة لا تقع إلا على المنافع[2]، و بالتالي اتفقوا على اعتبار صحة الضابط. ولكنهم اختلفوا في استهلاك الأعيان بالإجارة على قولين:

القول الأول: أن الإجارة لا تنعقد على إطلاق العين ذاتها، وبناء عليه لا تملك الأعيان بها، وهو مذهب الحنفية[3]، والمالكية[4] والمنصوص عند الحنابلة[5]، إلا أن فقهاء الحنابلة استثنوا من هذا الأصل ما إذا كانت المنافع يقتضي استيفاؤها إتلاف العين كالشمعة للإضاءة.

القول الثاني: أنه تجوز الإجارة على اســتهلاك العين كما أنها تقع على المنافع، وذلك إذا كان استهلاكها تبعاً لأعيانها، وبناء على هذا فإن المستأجر يملك استهلاك الأعيان بالإجارة، وهو مذهب الشافعية.[6]

قالوا: لأن استهلاك المنافع قد يقتضي استهلاك العين تبعاً كإجارة الظئر وإنزاء الفحل واستئجار الشجر للثمر.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٧٥) وبداية المجتهد: (٢/ ٤١٩) وكشاف القناع: (٣/ ٤٦٩).

(٢) انظر: بدائع الصـــنائع (٤/ ١٧٨)، والشرـــح الصـــغير (٤/ ١٨٢-١٨١)، منهاج الطالبين (٣/ ٦٨)، والمغني (٦/ ٨)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٤١٩)، حاشية الدسوقي (٤/ ٢٠-١٦).

(٥) انظر: المحرر (١/ ٣٥٦)، والمغني (٤/ ٣٠٤).

(٦) انظر: المهذب (١/ ٤٠٧-٣٩٩)، ومنهاج الطالبين (٣/ ٦٨).

الذي يظهر لي هو اعتبار هذه القاعدة وصحتها، لأن الأصل في الإجارة هو العقد على المنافع، لا على الأعيان، وماذكره فقهاء الشافعية فإنه مقتضى عقد الإجارة، لا الأصل. والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذا الضابط:

تندرج تحت هذا الضابط فروع فقهية متعددة، منها:

١- **مسألة**: الإجارة المنتهية بالتمليك، ويأتي بيانها على الترتيب المذيل:

أولاً: تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك:

هو عقد على منفعة عين ينقلب إلى ذاتها بسداد جميع العوض(١).

وصورة هذا العقد أن يستلم أحد المتعاقدين عيناً لآخر ينتفع بها بعوض على أقساط يتملكها بنهاية سداد الأقساط، فإذا عجز عن سداد بعض الأقساط استحق المالك الأول الأقساط السابقة ويحق له استرجاع العين المعقود عليها(٢).

ثانياً: حكم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:

اختلف الباحثون المعاصرون في حكم هذا العقد على قولين:

القول الأول: المنع من مثل هذه المعاملة والاكتفاء عنها ببدائل أخرى. وهذا القول ذهب إليه هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي في قرارهم رقم: (١٣) (١/ ٣).

واستدلوا بما يلي:

١- أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة(٣). قالوا: والمقصود به هنا شرط عقد بعقد، وهذا لا يجوز.

٢-إن فيه إلجاء للمستأجر للاستدانة لسداد القسط الأخير.

٣-إن أقساط الإجارة يزاد فيها من أجل مراعاة هذا العقد، وهذا ظلم للمستأجر.

---

(١) انظر: عقد الإجارة المنتهي بالتمليك: ص(١٣).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: الحديث أخرجه أحمد في مسنده: (٢/ ٤٣٢) برقم: (٩٥٨٤). إسناده حسن، انظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل بتحقيق شعيب الأرنؤوط: (١٥/ ٣٥٨).

٤-إن هذا العقد يؤدي إلى تساهل الفقراء في الديون بحيث تصبح ذمم كثير منهم مشغولة منهكة.

٥- إن هذا العقد وأمثاله ربما يؤدي إلى إفلاس بعض الدائنين لضياع حقوقهم في ذمم الفقراء.

ومن البدائل التي اقترحها مجلس مجمع الفقه الإسلامي :

الأول : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.

الثاني : عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية :

١-مر مدة الإجارة .

٢-إنها عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها.

القول الثاني : جواز هذا العقد. وهذا القول ذهب إليه بعض الباحثين، ومنهم سعد بن ناصر الشثري.

واستدلوا بما يلي :

١- إن الأصل في الشروط والعقود الصحة والجواز مع عدم ورود دليل صحيح على منع هذا العقد.

٢- قياس هذا العقد على بيع العربون.

٣- إن الصواب صحة تعليق التصرفات على أمور مستقبلة.

٢-ومنها: لو استأجر عبداً لصناعة شيء أو لخدمة ما فإن المستأجر لا يملك ذلك العبد بالإجارة، وإن كانت الإجارة إلى التأبيد؛ لأن الأصل في الإجارة أنها تقع على المنافع .

٣-ومنها: لو أجَّرَ المستأجر العينَ المستأجرة لغير المؤجر فإنه يملك ذلك، ويجوز له تسليم العين للمستأجر الثاني استيفاءً للمنافع، وتكون العين المؤجرة في ملك المؤجر الأول وهو مالك العين .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1] .

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٤/ ٤٢٥)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٥٦)، ومواهب الجليل (٥/ ٤١٧)، والمهذب (١/ ٤٠٣)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٥٣، ٥٥) .

=

وذهب القاضي من الحنابلة إلى منع ذلك مطلقاً[1] .

لأن النبي ﷺ: «**نهى عن ربح ما لم يضمن**»[2] والمنافع لم تدخل في ضمانه فلم يجز .

الذي يظهر لي هو القول الأول لأن قبض العين يقوم مقام قبض المنافع والله أعلم بالصواب .

٤- ومنها: مسألة رهن المستأجر العين المستأجرة[3]

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٥٣) وما بعدها .

(٢) الحديث سبق تخريجه . ص(٢٩٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٣٣) .

المبحث الثالث : ضابط : الأعيان لا تملك عن أربابها بالجنايات

هذه الضابطة من الضوابط التي تتعلق بما لا تثبت فيه الملكية، وهو ضابط مهم يشمل كثيراً من المسائل المتعلقة بالجنايات التي لا تستحق بها الملكية في الأ شياء. و هو بالمفهوم العام إلى أن الجنايات لا يقوم بها الملك في الأعيان.

دراسة الضابط تتكون من النقاط التالية :

أولاً: الكلام عن أصل الضابط ووضعه:

هذا الضابط باللفظ المذكور ذكره الماوردي في الحاوي الكبير حيث قال : (ودليلنا : هو أن رقبة العبد ملك لسيده، والأعيان لا تملك عن أربابها بالجنايات، كالفحل إذا صال وأتلف مالاً، لا يصير الفحل مملوكا لصاحب المال، فكذلك العبد...[1] وكذلك ذكره الندوي في موسوعته المشهورة[2] وأشار إلى مضمون هذا الضابط كثير من الفقهاء في كتبهم[3] ومنها : قال في المبسوط : «وإذا جنى العبد جناية خطأ، فمولاه بالخيار إن شاء دفعه بها وإن شاء فداه بالأرش عندنا»[4] .

وفي بدائع الصنائع : «ولو جنى العبد جناية فالفداء على صاحب الخدمة لأن منفعة الرقبة له فكان الفداء عليه لقول النبي ﷺ: (**الخراج بالضمان**)[5] و صار كعبد الرهن إذا جنى جناية أن الفداء على المرتهن. لأنه هو المنتفع به بحبسه في دينه . أو يقال: إن الفداء على صاحب الرقبة، لأن الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له، ولكن يقال لصاحب الخدمة: إن حقك يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وإن أردت أن تحيي حقك فافد»[6] .

و فيه أيضاً: «ولو جنى العبد جناية خطأ فان مولاه بالخيار إن شاء دفعه بها، وإن شاء فداه بالأرش ، وأمسك عبده ولا يقضي عليه في ذلك بشيء حتى يبرأ المجني عليه، والخطأ في ذلك والعمد

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ١٦٣) .

(٢) انظر: موسوعة القواعد للندوي: (٢/ ٧٢) .

(٣) انظر : الإنصاف: (١٠/ ٧٨) والمبدع: (٥/ ٣٧٨) والأم: (٣/ ١٧٨) .

(٤) المبسوط للسرخسي: (٢٧/ ٢٦) .

(٥) الحديث سبق تخريجه ص (٣٦).

(٦) انظر : بدائع الصنائع: (٧/ ٣٨٧) .

سواء ما لم يبلغ النفس، فإذا بلغ النفس فإن فيه القصاص، والصغير من الجراحات والكبير والجرح للواحد والاثنين في ذلك كله سواء، يدفعه مولاه بأرش ذلك كله، وجناية العبد على الحر المسلم والمرأة والعبد والمكاتب والمدبر وأم الولد والذمي والصغير والكبير في ذلك سواء، يدفعه مولاه بذلك أو يفديه بأرش ذلك، وجنايته فيما سوى ذلك من الحيوان والعروض والأموال دين في عنقه يسعى فيه أو يباع فيه بالغاً ما بلغ، ولا يعقل العاقلة شيئاً من جناية العبد والمدبر وأم الولد، ولا جناية عبد قد عتق بعضه وهو يسعى في بعض قيمته[1] ."

وقد جاء في التلقين ما يؤكد هذا الضابط عند فقهاء المالكية، فقال: «وإذا جنى العبد فقتل حراً أو عبداً فولى الجاني بالخيار، إن شاء أسلمه فصار ملكاً للمجني عليه وإن كانت قيمته أضعاف أرش الجناية، وإن شاء افتداه بأرش الجناية»[2] .

قال الغزالي في الوسيط : «السابع إذا جنى العبد فأرشه يتعلق برقبته، ولا يتعلق بسيده ولا بعاقلته، وهل يتعلق بذمته حتى يطالب بعد العتق، فيه قولان والأقيس : أن يتعلق به»[3] .

وقال ابن قدامة في المغني [4] ما يدل على ذلك: «وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه، فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته» .

هذا في الجناية التي تؤدى بالمال، إما لكونها لا توجب إلا المال، وإما لكونها موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال، فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده. أو لا يجب شيء ولا يمكن إلغاؤها لأنها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه، فجناية العبد أولى، ولا يمكن تعلقها بذمته لأنه يقضي إلى إلغاءها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد، لأنه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد، ولأن الضمان موجب جنايته فتتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر، فإن كان بقدرها فما دون، فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته

(١) انظر : المبسوط للشيباني: (٤/ ٥٩١).

(٢) انظر : التلقين: (٢/ ٤٨٦).

(٣) انظر : الوسيط للغزالي: (٦/ ٣٧٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٣٥) .

أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه»[١] .

وجاء في الكافي: «وإذا جنى العبد جناية توجب المال تعلق أر شها برقبته لأنه لا يجوز إيجابها على المولى لعدم الجناية منه ولا إهدارها لأنه جناية من آدمي ولا تأخيرها إلى العتق لإفضائه إلى إهدارها، فتعلقت برقبته. والمولى مخير بين فدائه وتسليمه»[٢] .

ثانياً: شرح مفردات الضابط وما يتعلق به:

أ-معنى الجنايات لغة واصطلاحاً :

١ - **الجناية في اللغة:** مصدر جنى يجنى جناية : إذا أذنب.[٣] قال أبو البقاء الكفوي في الكليات : «الجناية بالكسر، في الأصل : أخذ الثمر من الشجر، نقلت إلى إحداث الشر، ثم إلى الشر ثم إلى فعل محرم»[٤] .

قال ابن الهمام : " الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شر وتكسبه، وهو في الأصل مصدر : جنى عليه شراً جناية، وهو عام في كل ما يقبح، ويسوء إلا أنه في نظر الشرع خص بفعل محرم، حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد، تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً[٥] ." وقيل : الجنايات هي الجرائم[٦] .

٢- الجناية في الاصطلاح:

الجناية في الاصطلاح الفقهي اسم لفعل محرم شرعاً مطلقاً[٧] والمقصود بالإطلاق بأنه سواء وقع فعل الجاني على نفس أو مال أو عرض أو غير ذلك. قال ابن قدامة : «الجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال، ولكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان"[٨] وقيل : الجناية هي

(١) المغني لابن قدامة: (١٢/ ٣٥).

(٢) الكافي لابن قدامة: (٤/ ١٢٨).

(٣) انظر : القاموس المحيط: ص (١٦٤١)، والمصباح المنير: ص (٤٣)، والمعجم الوسيط: (١/ ١٤١) .

(٤) انظر : الكليات للكفوي: ص(٣٥٦).

(٥) انظر : فتح القدير لابن الهمام: (١٠/ ٢٢٠).

(٦) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي: ص(٢١١).

(٧) انظر : البحر الرائق: (٨/ ٢٨٦)، و تبيين الحقائق: (٦/ ٩٧).

(٨) انظر: المغني: (١١/ ٤٤٣)، والمجموع شرح المهذب: (١٨/ ٣٤٣) وما بعدها .

=

الفعل أو الترك أو التسبب إذا أضر بالنفس أو بغيرها واستوجب عقوبة دنيوية.[1]

ب- أقسام الجناية :

قسم الفقهاء رحمهم الله الجنايات تقسيمات متعددة باعتبارات مختلفة منها :

أولاً : تقسيم الجناية من حيث وقوعها :

قسم الفقهاء الجناية من حيث وقوعها إلى قسمين :

القسم الأول : جناية على الآدمي، وهي على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : جناية على النفس مطلقاً، ويدخل تحت هذا النوع الجرائم التي تهلك النفس أي القتل، وما في معناه.

النوع الثاني: جناية على ما دون النفس مطلقًا، وتندرج تحت هذا النوع الجرائم التي تمسّ جسم الإنسان ولا تمسّ نفسه .

النوع الثالث: جناية على ما هو نفس من وجه دون وجه : ويراد من هذا النوع الجناية على الجنين، لأنه يعتبر نفساً من وجه ولا يعتبر كذلك من وجه آخر، فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل في أمه.

القسم الثاني : جناية على البهائم والجمادات[2] . والفقهاء يعبرون عنها بالإتلاف أيضاً.

ثانياً : تقسيم الجناية من حيث قصدها و إرادتها :

أما الجناية من حيث قصدها، فهي على ثلاثة أقسام :

القسم الأول : عمد محض : وله عدة تعريفات ، منها :

١-هو أن يقصد القتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح، والإشنا والإبرة وما أشبه ذلك أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج، وليطة القصب، والمروة، والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك، وكذلك الآلة المتخذة من النحاس، وكذلك القتل بحديد لا

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء: ص(١٦٧) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٧/ ٢٣٢).

حد له كالعمود، وصنجة الميزان، وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك». وهذا تعريف الحنفية[١] .

٢-«العمد ما قصد فيه إتلاف النفس[٢] . بل و إن لم يقصد قتلاً أو قصد زيداً، فإذا هو عمرو إن فعله لنائرة أو غضب لغير تأديب»[٣] . هذا تعريف المالكية .

٣-«وهو أن يقصد الفعل والشخص معاً بما يقتل غالباً»[٤] . هذا تعريف الشافعية .

٤-«العمد هو أن يقتله بما غلب على الظن موته به عالما بكونه آدمياً معصوماً»[٥] .

القسم الثاني : شبه العمد : هو أن يقصد الضرب ولا يقصد القتل.[٦] وفيه اختلاف عند الفقهاء[٧].

القسم الثالث: خطأ محض : هو الذي لا يقصد به القتل أو الضرب.[٨]

ثالثاً : تقسيم الجناية من حيث ارتكابها:

الجناية من حيث ارتكابها على ثلاثة أقسام :

القسم الأول: الجناية المباشرة:

هي التي يرتبكها الجاني بنفسه، وينفذها بإرادته من غير تو سط إرادة أخرى سواء أ كانت إرادة المجنى عليه أم إرادة غيره، فمن أخذ السيف وقتل شخصاً أو قطع يده، فإنما ينفذ الجناية بفعله وإرادته من غير أن توسط إرادة أخرى في التنفيذ، ويعد قاتلاً أو قاطعاً بالمباشرة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٢٣٣).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي: (١٢/ ٢٧٩)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاش: (٢/ ٢٢٤-٢٢٣)، وشرح منح الجليل: (٩/ ١٩).

(٣) انظر: الشرح الكبير: (٤/ ٢٤٢)

(٤) انظر: مغني المحتاج: (٤/ ٣)، و روضة الطالبين: (٧/ ٥).

(٥) انظر: المقنع: (٢٥/ ١٠) مع الشرح الكبير .

(٦) انظر : الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: (٤/ ٢٤٢)، بداية المجتهد: (٢/ ٣٩٠).

(٧) انظر: شرح فتح القدير: (٨/ ٢٤٤) وما بعدها، والدر المختار: (٥/ ٣٧٥) و القوانين الفقهية: ص(٣٤٥).و مغني المحتاج: (٤/ ٣)، والمغني: (٧/ ٦٣٦) وما بعدها

(٨) انظر : اللباب شرح الكتاب: (٣/ ١٤١١)، والشرح الكبير للدردير: (٤/ ٢٤٢) وما بعدها . ومغني المحتاج: (٤/ ٣)، والمغني: (٧/ ٦٣٦) وما بعدها .

=

القسم الثاني: الجناية السببية:

هي التي تتوسـط بين إرادة الجاني والجناية . فالجاني يحدث الجناية لا بذاته ، بل بواسـطة، وكان علة للجناية بحيث تضـاف الجناية إليه. ذلك لأنه يولد المباشرة أو هو واسـطة تتوسـط المباشرة التي تولد عنها الجناية.

القسم الثالث: الجناية المشتركة:

هي الجناية التي اجتمع فيها السبب والمباشرة[1]:

ج- المسألة المتعلقة بأصل القاعدة: و هي: هل جناية العبد تتعلق برقبته؟ وبالتالي يملك المجني عليه رقبته فداء لجنايته ؟ المسألة لها وجهان:

الوجه الأول : أن تكون جنايته بقدر قيمته أو دونها : وفيه قولان :

القول الأول : جناية العبد تتعلق برقبته، لا بذمة سـيده، لأنه لم يجن. فالسـيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه. هذا القول ذهب إليه الحنفية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4]. لأنه إن دفع أرش الجناية فقد أدى الحق، وإن سـلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به، وحق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة، وقد أداها، فلا يكون عليه غير ذلك. والخيار إلى السـيد، فلا يلزمه تسليم العبد إن أدى الأرش، ولا يلزمه الأرش إن سلم العبد[5].

القول الثاني: أن الجناية واجبة في رقبة العبد دون سـيده ومرتهنة، فالمجني عليه لا يملك رقبته بجنايته، وإنما يملك استيفاء الأرش من رقبته ما لم يصل إليه من غير رقبته. وهذا قول الشافعية.[6] لأن رقبة العبد ملك لسـيده والأعيان لا تملك عن أربابها بالجنايات كالفحل إذا صـال، فأتلف مالاً،

(١) انظر : فتح العزيز: (١٠/ ١٣٩-١٣٥)، و روضـة الطالبين: (٧/ ١٦-١٥). المغني: (١١/ ٤٥٥)، والتهذيب: (٧/ ٦٤-٦٥)، وشرح منح الجليل: (٩/ ٢٧).

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي: (٢٧/ ٢٦)، بدائع الصنائع: (٧/ ٣٨٧).

(٣) انظر : التلقين: (٢/ ٤٨٦).

(٤) انظر : المغني لابن قدامة: (١٢/ ٣٥).

(٥) انظر : المغني لابن قدامة: (١٢/ ٣٦).

(٦) انظر : الحاوي الكبير: (٦/ ١٦٣) .

لا يصير الفحل مملوكاً لصاحب المال، فكذلك العبد.

الوجه الثاني : أن تكون جنايته أكثر من قيمته : ففيه أيضاً قولان :

القول الأول: يلزم السيد تسليم العبد إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت. وهذا قول المالكية[١] وقول الشافعية[٢] ورواية عن أحمد[٣] . لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته، فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه.

القول الثاني : أن السيد مخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته، وبين أن يسلمه. وهذا قول للشافعي ورواية لأحمد.[٤] لأن الشرع قد جعل له فداءه، فكان له فداؤه، فكان الواجب قدر قيمته، كسائر المتلفات.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط باللفظ المذكور ينص على أن الجنايات لا تكون موجبة لتملك الأعيان، ولا يستحق المجني عليه أن يتملك العبد الجاني لسبب جنايته على مال أو نفس أو ما دونها، وذلك لأن تملك الأعيان يعتمد على قيام سبب من أسباب الملك، والجناية ليست من أسباب الملك وعلى هذا الأعيان لا تكون مملوكة، ومستحقة على أصحابها بسبب الجنايات،

والضابط بمعناه العام يفيد أيضاً أن المجني عليه يستحق أرش الجناية عليه، وهذا لا يتعلق برقبته، لأنه مال، وجناية المال تتعلق بصاحبه. ويفهم من الضابط أيضاً أن ا لأعيان تثبت فيها الملكية إذا كانت فداء للجنايات من قبل أربابها . و الله أعلم بالصواب.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذا الضابط:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه الضابطة على قولين:

القول الأول: هو اعتبار هذه الضابطة من الأصول التي عمل بها الفقهاء بأن الأعيان لا تكون مملوكة بسبب الجنايات الصادرة منها،

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٦).

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٦)، و روضة الطالبين (٩/ ٣٢٦).

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٦)، و كشاف القناع (٦/ ٣٤).

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٦).

=

وهذا مذهب الشافعية[١]، وهي رواية عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: وهو عدم اعتبار هذه القاعدة بإطلاقها المذكور وهو مذهب جمهور الفقهاء، الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥] في المذهب، وهو قول الشافعية.[٦]

قالوا: لم تتعلق الجنايات بذمة الجاني لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية، ولم تتعلق بذمة السيد لأنه لم يجن ولم يتعد فتعين تعلقها برقبة الجاني؛ لأن الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص.[٧]

الذي يظهر لي هو القول بأن الجنايات التي لا يمكن تعلقها بذمة من الذمم فإنها تتعلق برقبة الجناة حتى لا تضيع حقوق المجني عليهم، وأما إذا أمكن تعلقها بإحدى الذمم فالأولى فيه أن لا تملك الأعيان بالجنايات، والله أعلم بالصواب.

خامساً: تطبيقات الضابط على الفروع الفقهية:

تندرج تحت هذا الضابط جملة من الفروع الفقهية منها:

١-جناية العبد هل تتعلق برقبته أم لا ؟ فيلزم على السيد تسليمه ما لم يفده بأرش جنايته بالغة ما بلغ . وقد سبق تفصيل المسألة.

٢-ومنها: جناية الحيوان هل تتعلق برقبة الحيوان أم هي متعلقة بصاحبها؟

إذا كان الحيوان خطراً كالثور والكلب العقور والنمر فأتلف شيئاً بنفسه فإنه يضمن صاحبه أو حارسه ما يتلفه إذا لم يحفظه وتتعلق جنايته بذمة صاحبها.[٨]

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ١٦٣)، وروضة الطالبين (٩/ ٣٦٢).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٥).

(٣) انظر: المبسوط (٢٧/ ٢٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٨٧).

(٤) انظر: التلقين (٢/ ٤٨٦)، وشرح الزرقاني (٨/ ٥).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٣٥)، وكشاف القناع (٦/ ٣٤).

(٦) انظر: الوسيط للغزالي (٦/ ٣٧٨)، وروضة الطالبين (٩/ ٣٦٢)، وشرح المنهاج (٤/ ١٥٨).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٨/ ٣٦٠-٣٥٥).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٢).

٣-ومنها: لو نفرت الدابة أو انفلتت من حارسها أو صاحبها فما أصابت في فورها من إهلاك أو إتلاف فلا يضمنه صاحبها، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: **"العجماء جبار"**.[1]

ولأنه لا صنع له في نفارها وانفلاتها، ولا يمكن الاحتراز عن فعلها، فلا يكون الناشئ عنه مضموناً. ولا يمكن للمجني عليه أن يتملكها بناء على جنايتها.[2]

(١) الحديث سبق تخريجه ص (٣٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٢)، وتبيين الحقائق (٦/ ١٤٩).

المبحث الرابع : قاعدة: لا يقع الملك على الأشياء المحرمات بأعيانها

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بمحال الملكية، وهي تعالج حكم ثبوت الملك في الأعيان المحرمة أو الأشياء المحرمات بأعيانها وتتضمن مالية الأعيان المحرمات والنجاسات والقاعدة مهمة جداً لاشتمالها على مدى صحة التصرف في الأشياء المحرمة، ولا سيما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات المالية.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور التالية:

أولاً : الكلام على أصل القاعدة، ووضعها :

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الطحاوي في شرح مشكل الآثار[1] والندوي في موسوعة القواعد[2] وهناك عبارات من الفقهاء تدل على أصل هذه القاعدة.

جاء في بداية المجتهد[3]: «الأعيان المحرمة البيع: وهذه على ضربين : نجاسات، وغير نجاسات، والنجاسات على ضربين: ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة...» .

قال الماوردي في الحاوي[4]: «فأما ما كان نجس العين كالخمر والميتة والدم والأدوات والأبوال فلا يجوز بيع شيء منها...» .

والقاعدة أشار إليها الفقهاء عند بيان مالية الأعيان المحرمة[5].

ثانياً : شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها من المسائل:

المقصود بالمحرمات بأعيانها عند الفقهاء:

الأعيان المحرمة هي التي حرمها الشارع، لا يجوز أن تكون محلاً للملك . والأشياء المحرمات بأعيانها يأتي بيانها على الترتيب الآتي :

---

(١) شرح مشكل الآثار: (١٣/ ٢٧).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٢٨٠).

(٣) بداية المجتهد: (٢/ ١٥١-١٥٠) بحذف وتصرف .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي: (٥/ ٣٨٣).

(٥) انظر : القوانين الفقهية: ص(١٩٥)، والمحلى: (١٠/ ٢٩٥)، واختلاف الفقهاء للطبري: ص(١٦١-١٦٠)

=

١-الخمر، ٢-الخنزير، ٣-الميتة، ٤-الدم .

هذه الأعيان الأربعة لا يجوز الإنتفاع بها شرعًا . لأن النصوص الشرعية تنص على تحريم الإنتفاع والتعامل بها في عدة مواضع .

ولا يجوز أن تكون محلاً للملك(١)، بالنسبة للمسلم -اتفق الفقهاء على ذلك- فالنهي عن الانتفاع نهي عن التملك- ومن الأدلة :

قوله تعالى : ﴿ﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱﯓﯔﯕﯖ﴾ (٢) .

وروي عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**»(٣) .

ويدخل في تحريم الخمر تحريم بيع كل مسكر. لأن لفظ الخمر يتناول كل مسكر(٤) والسبب الرئيسي لتحريم بيع هذه الأشياء هو أن المنفعة المقصودة منها محرمة، فالمنفعة المقصودة من الخمر الشرب، ومن الميتة والخنزير الأكل، ومن الأصنام العبادة، وكلها محرمة .

و تقييد القاعدة بالمحرمات بأعيانها جاء على الوجه الغالب؛ لأن الأشياء المحرمة بعينها و بغيرها كلها لا تكون محلاً للملكية في الشريعة الإسلامية مع وجود خلاف في بعض مسائلها و فروعها كما يظهر لنا ذلك فيما بعد. و الأصل المقرر في هذا الباب هو: ما لا يجوز بيعه لا يجوز تملكه.

المسألة المتعلقة بالمحرمات بأعيانها : و هي هل تشترط الطهارة في ملكية هذه الأعيان أم لا؟:

اختلف الفقهاء في مسألة اشتراط الطهارة في ثبوت الملك في الأعيان على قولين:

القول الأول: يشترط في العين أن تكون طاهرة . و هذا القول ذهب إليه جمهور الفقهاء من

---

(١) انظر : القوانين الفقهية: ص(١٩٥)، والمحلى: (١٠/ ٢٩٥)، والتاج المذاهب: (٢/ ٣١٣).

(٢) الآية: (١٤٥) من سورة الأنعام.

(٣) الحديث أخرجه البخاري: (٣/ ١١٠) في باب بيع الميتة والأصنام من كتاب البيوع. ومسلم: (٣/ ١٢٠٧) في باب تحريم بيع الخمر والميتة من كتاب المساقاة .

(٤) انظر : زاد المعاد لابن القيم: (٥/ ٦٦٢) .

=

المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

واستدلوا على قولهم بما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ﴾[٤].

والدليل في الآية على منع بيع النجس نهيه تعالى عن أكل المال بالباطل، لأنه لا تحصل به منفعة للمسلم أصلاً أو حكماً[٥].

فالآية تفيد النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، ومن ذلك أن يأخذ البائع مالاً، ويعطي المشتري شيئاً لا منفعة فيه، كالبول مثلاً. أما إذا أعطى المشتري شيئاً فيه منفعة، ولو كان نجساً كالكلب مثلاً، فإن هذا لا يعتبر من باب أكل أموال الناس بالباطل، فقد تنطوي النجاسات على منافع للمسلمين، ولا يلزم من كون الشيء نجساً أن لا تكون فيه منفعة مباحة، وقد تكون المنفعة لم تظهر في زمنهم ولم يعرفوها، وهناك منافع في الأشياء مسكوت عنها، الأصل فيها الإباحة.

٢- قوله ﷺ: «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**»[٦].

وجه الاستدلال في الحديث «إن هذه الأشياء نجاسة، فلا يجوز بيعها، وعلة التحريم النجاسة، لأن المعنى في المذكورات نجاسة عينها، فالحق بها كل نجس»[٧].

وقال صاحب «حاشية عميرة»: «وجه الاستدلال في الحديث هو أن هذه الأشياء لها منافع، فالخمر يطفأ بها النار، ويعجن بها الطين، والميتة تطعم للجوارح ويطلى بها السفن، ويسرج بها، فعلم

---

(١) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٩٥-٩٤)، الفروق للقرافي: (٣/ ٣٨٥)، حاشية الدسوقي: (٤/ ١٥)، جواهر الإكليل: (٢/ ٤).

(٢) انظر: الوسيط للغزالي: (٣/ ١٧)، روضة الطالبين: (٣/ ٣٥٠)، مغني المحتاج: (٢/ ١١).

(٣) انظر: المقنع: (٢/ ٦)، والمبدع: (٤/ ١٥-١٤).

(٤) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٥) انظر: توشيح الديباج وحلية الابتهاج: ص(٢٣١-٢٢٩).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص (٣٧١).

(٧) انظر: الفروق: (٣/ ٣٨٥)، وكنز العارفين: (٢/ ٢٥٠).

=

أن منشأ النهي نجاسة العين»[١].

لكن هذا الحديث لا يدل على نجاسة هذه الأشياء مع أنه يدل بمنطوقه على تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام. فإن الدلالة على الحرمة لا تدل على نجاسة الشيء. بدليل أن الأصنام قد تكون من الحجارة أو الخشب، وهي ليست نجسة قطعاً.

وإن كثيراً من الفقهاء يعللون تحريم بيع هذه الأشياء بغير النجاسة. منهم ابن القيم رحمه الله، حيث يعلل تحريم بيع الخمر بأن فيها مفاسد تفسد العقول، وتحريم بيع الميتة بأن فيها مفاسد تفسد القلوب، وتحريم بيع الأصنام بأن فيها مفاسد تفسد الأديان[٢].

إن السبب الرئيسي ــ لتحريم بيع هذه الأشياء هو أن المنفعة المقصودة منها محرمة، فالمنفعة المقصودة من الخمر الشرب، ومن الميتة والخنزير الأكل، ومن الأصنام العبادة، وكلها محرمة، فيحرم بيعها لأجل ذلك.

ويرى ابن القيم : "أن هناك منافع في هذه المحرمات ومنها الميتة، حيث ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**إنما حرم أكلها**»[٣] . وهذا صريح في أنه لا يحرم الانتفاع بها في غير الأكل كالوقود ونحوه. والخبيث إنما تحرم ملابسته باطنا وظاهراً كالأكل واللبس، أما الانتفاع به من غير ملابسة فلأي شيء يحرم؟ وإن إيقاد النجاسة والاستصباح بها انتفاع خال عن المفسدة، وعن ملابستها ظاهراً وباطنًا، فهو نفع لا مفسدة فيه، وما كان هكذا فالشريعة لا تحرمه. فإن الشريعة إنما تحرم المفاسد الخالصة أو الراجحة وطرقها واسبابها الموصلة إليها[٤].

٣- عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه : «**أن ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن**»[٥].

---

(١) انظر : حاشية عميرة: (٢/ ٢٥٠).

(٢) انظر : زاد المعاد: (٥/ ٦٦٢-٦٦١).

(٣) الحديث أخرجه البخاري: (٩/ ٨٢١) في باب «جلود الميتة قبل أن تدبغ» من كتاب البيوع .

(٤) انظر : زاد المعاد: (٥/ ٦٦٧-٦٦٦).

(٥) الحديث أخرجه البخاري: (٣/ ١١٠، ١٢٢) في «باب ثمن الكلب» من كتاب البيوع. ومسلم: (٣/ ١١٩٩)، في باب «تحريم ثمن الكلب» من كتاب المساقاة .

=

ووجه الاستدلال في الحديث: «إن النهي عن ثمن الكلب هو نهى عن بيعه، فلا يصح بيع الكلب ونحوه من نجس العين والمتنجس الذي لا يمكن تطهره، لأنه في معنى نجس العين، لأن الكلب يصيد فعلم أن منشأ النهي نجاسة العين[1].

هذا الدليل لا يستدل به على النهي عن ثمن الكلب على إطلاقه، فلقد أخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما أحاديث كثيرة، منها ما ينهى عن ثمن الكلب، ومنها ما يأمر بقتلها، ويستثنى بعض الكلاب لحاجة الناس إليها.

ومن هذه الأحاديث : ما روى ابن عمر رضي الله عنه : " **أن رسول الله ﷺ أمر بقتل الكلاب إلا كلب صيد أو كلب غنم أو ماشية.** فقيل لابن عمر : إن أبا هريرة يقول : أو كلب زرع ، فقال ابن عمر : إن لأبي هريرة زرعاً[2].

ويوضح الإمام النووي هذه الأحاديث بقوله : " قال إمام الحرمين من أصحابنا : «أمر النبي ﷺ أولا بقتلها كلها، ثم نسخ ذلك و نهى عن قتلها إلا الأسود البهيم، ثم استقر الشرع على النهي عن قتل جميع الكلاب التي لا ضرر فيها سواء الأسود وغيره»[3] . ويجوز في مذهب الشافعية اقتناء الكلاب للصيد والزرع والماشية، للعلة المفهومة من الأحاديث وهي الحاجة، ويقاس عليها حفظ الدور والدواب[4].

فإذا جاز اقتناء الكلاب للحاجة وتحصيل المنافع المتعددة منها، فلم لا يجوز بيعها بالرغم من نجاستها؟ وخاصة أن هناك نصوصاً شرعية تستثنى ثمن الكلاب النافعة من النهي.

ومن هذه النصوص : حديث جابر رضي الله عنه- أنه قال : «**نهى رسول الله ﷺ عن ثمن السنور والكلب إلا كلب صيد**»[5].

---

(١) انظر : كنز العارفين شرح منهاج الطالبين: (٢/ ٢٥١-٢٥٠)، حاشية عميرة: (٢/ ٢٥١).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١٠/ ٢٣٦) في باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه من كتاب المساقات.

(٣) انظر شرح صحيح مسلم للنووي: (١٠/ ٢٣٥)

(٤) انظر شرح صحيح مسلم للنووي: (١٠/ ٢٣٦)

(٥) الحديث أخرجه النسائي في سننه: (٧/ ٢١٦) في «باب الرخصة في ثمن الكلب» من كتاب الصيد . قال الألباني : صحيح. صحيح سنن النسائي: (٣/ ٩٦٦).

=

وروى أبو حنيفة عن ابن عباس قال: «**رخص رسول الله ﷺ في ثمن الكلب الصيد**»(١).

فتدل هذه الأحاديث على أن ثمن كلب الصيد جائز.

وقد حمل بعض أهل العلم النهي على التنزيه حتى يعتاد الناس هبته وإعارته والسماحة فيه، وحملوه على الهرة إذا توحش فلم يقدر على تسليمه، وزعم بعضهم أن النهي كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ(٢).

وأما النهي عن ثمن الكلب محمول على الكلب الذي لم يؤذن في اتخاذه، وخص منه ما أذن في اتخاذه(٣).

والإمام الشافعي لا يعلل منع بيع الكلاب بالنجاسة، حيث يقول: «لا يحل للكلب ثمن بحال، وإذا لم يحل ثمنه لم يحل اتخاذه ولا اقتناؤه، إلا كلب الصيد والحرث والماشية، أو ما كان في معناه»(٤).

فهذا القول للشافعي في «الأم» يدل على أن جواز البيع يتبع المنفعة والانتفاع المباح.

فالأحاديث التي نهت عن ثمن الكلب مطلقة، ينبغي حملها على الأحاديث المقيدة التي أذنت باتخاذ كلب الصيد والزرع والماشية وما يقاس عليها مما فيه منفعة، ويحتاجه الناس اليوم كالكلاب البوليسية وكلاب الحراسة ونحوها، فيجوز اقتناؤها واتخاذها والانتفاع بها منفعة مباحة، وهذه المنافع لها قيمة عند الناس، وبالتالي أصبحت هذه الكلاب النافعة أموالاً متقومة، وإذا كانت كذلك فإنه يجوز بيعها.

٤-قوله ﷺ: «**إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه**»(٥).

---

(١) الحديث أخرجه أبو حنيفة في مسنده: ص(١٦٢)، قال الزيلعي: هذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات ومن أتباع التابعين. ونصب الراية: (٤/ ٥٤-٥٣).

(٢) انظر: شرح السيوطي على سنن النسائي: (٧/ ٢١٦)، وحاشية السندي على سنن النسائي: (٧/ ٢١٦).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر: (٤/ ٥٣٧-٥٣٦).

(٤) انظر: الأم للشافعي: (٢/ ١١، ١٢).

(٥) الحديث ابن حبان في صحيحه (١١/ ٣١٢) في باب البيع المنهي عنه من كتاب البيوع برقم (٤٩٣٨). قال شعيب الأرناؤوط إسناده: صحيح. و أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦/ ٢٥٦) ولفظه: "إن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه".

=

استدلوا بهذا الحديث على عدم جواز بيع الأدهان النجسة لأنها نجاسة[1] .

ويراد بهذا الحديث أمران :

أحدهما : ما هو حرام العين والانتفاع جملة كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك فهذه ثمنها حرام كيفما اتفقت.

ثانيها : ما يباح الانتفاع به في غير الأكل، وإنما يحرم أكله كجلد الميتة بعد الدباغ، وكالحمر الأهلية ونحوها.فإذا بيع جلد الميتة أو الحمار الأهلي لأجل المنفعة التي حرمت منه، وهي الأكل، حرم ثمنها. وإذا بيعت هذه الأشياء للانتفاع بها في غير الأكل حل ثمنها[2] .

فإذا أريد بالحديث ما هو حرام العين والانتفاع جملة، فحرمة بيعها ليس دليلاً على نجاستها بما سبق. وإذا أريد بالحديث ما يباح الانتفاع به في غير الأكل، فهو أيضاً ليس دليلاً على نجاسة هذه الأشياء بل هي في الحقيقة طاهرة، فلا يلزم من تحريم المنفعة المقصودة منها وتحريم بيعها نجاستها.

وأما ا ستدلال الحنابلة بالحديث على نجا سة الخمر، وتعليل منع بيع الأدهان النجسة بالنجا سة فلا يصح، لأن الحديث لا يدل لا بمنطوقه ولا بمفهومه على نجاسة الخمر، وحرمة بيع الأدهان النجسة إذا كان ينتفع بها في الوقود والاستصباح ونحوها.

القول الثاني : أن العين لا يشترط فيها أن تكون طاهرةً.

ذهب إلى هذا القول الحنفية[3] و الإمام البخاري والزهري[4] .

ومن أدلة هذا القول :

١-عن عبيد الله عن عبد الله بن عباس أخبره : أن رسول الله ﷺ مرّ بشاة ميتة فقال : «**هلّا استمتعتم بإهابها؟**»[5] قالوا : إنها ميتة، قال : «إنما حرم أكلها». وفي رواية : «**ما على أهلها لو انتفعوا**

---

(١) انظر: المبدع لابن مفلح: (٤/ ١٥١٤)

(٢) انظر : زاد المعاد: (٥/ ٦٧٦)

(٣) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٦٩-٥٤٢)، وعقد البيع: ص(٢٩).

(٤) انظر : فتح الباري لابن حجر: (٤/ ٥٢٠) .

(٥) الإهاب هو الجلد قبل أن يدبغ. انظر : فتح الباري: (٩/ ٨٢١)

=

بإهابها»[١] .

وترجم البخاري لهذا بقوله «باب جلود الميتة قبل أن تدبغ» من كتاب البيوع. يقول ابن حجر موضحاً استدلال البخاري بهذا الحديث على جواز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ، كأنه أخذ جواز البيع من جواز الاستمتاع، لأن كل ما ينتفع به يصح بيعه. والانتفاع بجلود الميتة مشهور مذهب الزهري واختيار البخاري، وحجته مفهوم قول النبي ﷺ: «إنما حرم أكلها»، فإنه يدل على أن كل ما عدا أكلها مباح[٢] . فهذا الحديث هو أول دليل يستدل به من لا يشترط الطهارة في المبيع، فالنبي ﷺ يحض فيه أصحاب الشاة الميتة على الانتفاع بجلودها قبل أن تدبغ، لأنه عليه الصلاة والسلام رأى الميتة بجلودها وهذا حقيقة قبل الدباغ، مما يدل على أن الانتفاع بجلود الميتة قبل الدباغ جائز .

في الحقيقة، إن في جلد الميت قبل الدباغ منافع كثيرة كامنة زيادة على ما وصف النبي ﷺ بأخذ جلد الميتة ودبغه، لتطهيره والانتفاع به. فهذا ليس شرطاً للانتفاع بجلد الميتة، وإنما هو وصف لطريقة معينة للانتفاع، وهي دباغة الجلد والانتفاع به في عمل القرب والأوعية والملابس ونحوها.

فيمكن إذن الانتفاع بجلود الميتة حالاً قبل أن تدبغ بإطعامها للجوارح، أو مآلا بعد دبغها بعملها آنية، وكذلك يقع عليها الملك، ومحرزة، ويباح الانتفاع بها، ولها قيمة عند الناس، وبهذا أصبحت أموالاً متقومة، وإذا كانت كذلك يجوز بيعها.

وذهب قوم إلى الانتفاع بجلد الميتة دبغت أو لم تدبغ[٣] . ذكر ابن رشد[٤] : «أن تحريم الانتفاع قبل الدباغ لا يستنبط من حديث ابن عباس، وهو قول النبي ﷺ : «**إذا دبغ الإهاب فقد طهر**»[٥]

لأن الانتفاع غير الطهارة، فكل طاهر ينتفع به، ولا يلزم عكس هذا المعنى. وهو أن كل ما ينتفع به طاهر. ولذلك ذهب قوم إلى الترجيح للحديث السابق الذي يحض على الانتفاع بجلد الميتة، ورأوا أنه يتضمن زيادة على ما في هذا الحديث الذي يبين كيفية تطهير الجلد النجس فقط» .

وهذا تفقه رائع لابن رشد، فالانتفاع شيء وتطهير الجلد شيء أخر. وتقرر أن جلود الميتة قبل

---

(١) الحديث أخرجه البخاري: (٩/ ٨٢١) في «باب جلود الميتة قبل أن تدبغ» من كتاب البيوع .

(٢) انظر : فتح الباري: (٤/ ٥٢٠).

(٣) انظر : بداية المجتهد: (١/ ٥٧)، والمجموع شرح المهذب: (١/ ٢٢٨).

(٤) انظر : بداية المجتهد: (١/ ٥٧).

(٥) الحديث أخرجه مسلم: (٤/ ٥٣) .

الدباغ نجسة، وأنها أموال متقومة يجوز بيعها، فهذا يدل على جواز بيع بعض النجاسات. لأنها أموال متقومة.

٢-أن الحنفية يعللون جواز البيع بإباحة الانتفاع وليس بالطهارة، ويبدو ذلك واضحاً في كثير من المسائل الفقهية التي ذكروها في كتبهم.

فالبيع عندهم إذا صادف محلا منتفعاً به حقيقة، ويباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق، مست الحاجة إلى شرعه، كالكلب مثلاً حيث يباح الانتفاع به من جهة الحرا سة والا صطياد ونحوها، فكان مالاً يجوز بيعه[1].

٣-أن بعض النجاسات يصدق عليها تعريف المال، ويحتاج إليها الناس، وتعتبر من أعز أموالهم، حيث اعتادوا تمولها، وإذا تحققت في النجاسات هذه الشروط فإنه يجوز بيعها[2].

فعند الحنفية إذا كانت النجاسة مالاً، يجوز بيعها، لأن البيع مبادلة مال بمال[3].

فهذان الدليلان للحنفية يذكرون فيها بعض ضوابط المال المتقوم، ويرون أنها تصدق على بعض النجاسات، فإذا تحققت في أي شيء ضوابط المال المتقوم جاز بيعه، ولو لم يكن طاهراً، كالكلب مثلًا.

الذي يظهر لي هو القول بأن الميتة يحرم بيعها لما حرمت من أجلها وهو الأكل، ويجوز بيعها لما لم تحرم من أجله وهو إطعامها للكلب والجوارح ونحوه.

أما الخمر، فإن المصلحة والمفسدة لا ينفكان، فالمعتبر عند التعارض الراجح[4]، فالمفسدة راجحة ولا يمكن فصلها عن المصلحة، فيحرم بيعه.

أما الدواء، فإن المصلحة والمفسدة لا تنفكان، فالمعتبر عند التعارض الراجح،[5] فالمصلحة راجحة ولا يمكن فصلها عن المفسدة، وبالتالي يجوز بيعه.

وأخلص إلى القول إنه إذا أمكن أن نفصل المصلحة من غير حصول مفسدة، فإنه يجوز لنا أن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٥٦)، حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٩) .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين (٥/ ٥١) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٥٦٢-٥٤٩) .

(٤) انظر : الموافقات للشاطبي: (٢/ ٣٥٤) .

(٥) انظر : الموافقات للشاطبي: (٢/ ٣٥٤) .

نتفع بهذه المصلحة ونأخذها حتى ولو كانت مرجوحة أو مغلوبة، لأنه لا ضرر من الأخذ بها، فجاء الشرع بتحريم بيع الشيء لما حرِّم من أجله، وبجواز بيع الشيء لما لم يحرم من أجله.

وذلك بما يأتي :

١-لم أجد دليلاً مثمراً قوياً للمانعين في ضوء مناقشتي لأدلتهم .

٢-إن أدلة المجيزين لبيع النجاسات تؤكد بوضوح جواز الانتفاع بالأشياء النجسة، كجلود الميتة مثلاً، ويقاس عليه كل ما فيه منفعة للإنسان من النجاسات. وكذلك كل ما يصدق عليه مسمى المال المتقوم يجوز بيعه طاهراً كان أم نجساً، لأن الإسلام يمنع إضاعة المال ويدعو إلى استثماره وعدم إهماله وتضييعه.

٣-إن من المقرر في هذا الدين أنه لا توجد مصالح محضة ولا مفاسد محضة، بل هي مزيج من الطرفين، والمصالح والمفاسد تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا رجحت المصلحة فمطلوب وهو مصلحة، وإذا رجحت المفسدة فمهروب عنه وهو مفسدة، والجهة المطلوبة غير مقصودة للشارع، وهذا إذا كانت الجهتان غير منفكتين[1] .

وبناء على هذا الكلام فإنه إذا كانت الجهتان منفكتين، فتكون الجهة المغلوبة مقصودة للشارع. فالميتة نجسة ويحرم بيعها للأكل، لأن مفسدة الأكل مقصودة للشارع، والمفسدة غالبة ولابد من أن تكون مهروباً عنه. أما الجهة المغلوبة وهي المصلحة والمنفعة فهي منفكة عن جهة المفسدة، فيجوز استعمال الميتة في الأسمدة أو الأعلاف أو نحوها. فتجري عليها عمليه الاستحالة وتتحول إلى شيء آخر تماماً.

٤-إن من مقاصد الشريعة الاستفادة من كل ما خلق الله ﷻ، وعدم إضاعة وإهمال أي منفعة حتى ولو كانت قليلة جداً، فإذا أمكن الانتفاع من الشيء النجس من غير ضرر فلأي شيء يحرم الانتفاع به ويحرم بيعه؟ فالأصل أن كل شيء في هذا الوجود مخلوق لمنفعة الإنسان، ولابد من النظر في المآلات بحيث يجب ألا يؤول الانتفاع بالنجاسات إلى ضرر.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

---

(١) انظر : الموافقات للشاطبي: (٢/ ٣٤٢-٣٣٩).

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن الملك لا يثبت في الأشياء المحرمة شرعاً، وهي التي حرمها الله ﷻ على عباده، والأشياء المحرمة قسمان: الأعيان المحرمة بذواتها، والمنافع المحرمة، والمقصود بالأشياء المحرمات بأعيانها هنا الأعيان المحرمة بذواتها مثل الدم والميتة والخنزير.

هذه الأشياء لا يثبت الملك فيها، وعلى هذا لا تكون هي محلاً للملك، ولا يجوز بيعها ولا الانتفاع بها، كذلك لا يجب الضمان عند إتلافها .

والقاعدة بمفهومها العام تشير إلى أن الأعيان المحرمة لا اعتبار لها من حيث ما ليتها وهي لا تكون مالاً بالنسبة للمسلمين، وكل ما ليس بمال شرعاً لا يثبت فيه الملك.

والقاعدة تدل أيضاً أن الملك يقع على الأعيان المباحة شرعاً وهي الأعيان التي أباحت الشريعة الإسلامية للانتفاع بها من غير ضرورة وحاجة، والأعيان من حيث إباحة الانتفاع بها على أربعة أقسام :

الأول : ما لا منفعة فيه أصلاً في اعتبار الشرع كالحشرات والهوام ونحوها .

الثاني : ما في منفعة محرمة إما لنجاستها وإما لمعنى فيها مثل الميتة والخمر.

الثالث : ما فيه منفعة مباحة سواء كانت للحاجة مثل منفعة الكلب للحرا سة أو من غير حاجة مثل منفعة الحمار وغيرها.

الرابع : ما فيه منفعة تباح عند الضرورة كالميتة في حال المخمصة.

والقاعدة تفيد أيضاً أن ثبوت الملك في الأعيان والمنافع يعتمد على اعتبار الشريعة لها، فكل مباح شرعاً يثبت فيه الملك بخلاف الحرام.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها لدى الفقهاء(١) . إلا أنهم اختلفوا في تخريج هذا الأصل على بعض الفروع، وقد سبقت الإشارة إلى شيء منها عند بيان المسائل المتعلقة بالأعيان المحرمة.

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية منها:

---

(١) انظر : القوانين الفقهية: ص (١٩٥)، ونهاية المحتاج: (٥/ ١٦٨-١٦٧)، والمغني لابن قدامة:(٥/ ٢٢٣-٢٢٢)، والملكية للشيخ الخفيف: (٦/ ٤٢)، والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي: (١/ ٢٤٢).

١ - **ملكية ميتة الحيوانات ذات الدم السائل**: كل حيوان من ذوات الدم السائل مات من غير ذكاة شرعية ولا اصطياد يعد نجساً، سواء أكان مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم، كميتة الماعز والحمار الأهلي ونحوهما.

ونجاسة الميتة محل اتفاق عند فقهاء المذاهب الأربعة.[1] و بالتالي لا تثبت ماليتها و كذلك ملكيتها عندهم.

و يحتمل أن تحصل ملكيتها بشرط أن لا تباع لأكل الآدميين، بالرغم من نجاستها وذلك لأنه يجوز الانتفاع بها، وإذا جاز الانتفاع بها جاز بيعها وبالتالي يحصل الملك في الانتفاع وذلك لأن الشارع الحكيم قد حرم أكلها وبيعها من أجل الأكل. والله أعلم بالصواب.

٢-ومنها: ملكية دم الحيوانات المذبوحة: على القول أنها نجسة فلا تثبت الملكية فيها كما سبقت الإشارة إليها.

و يحتمل ثبوت الملك فيها بجواز بيع دم الحيوانات المذبوحة بالرغم من القول بنجاسته، لأن هذا الدم يمكن أن ينتفع به منفعة مباحة في صناعة الأعلاف بعد معالجته وتحويله، وذلك بشرط عدم الضرر بالإنسان والحيوان، أي الحذر من إصابة الحيوان بالأمراض التي تؤدي إلى الضرر بالإنسان.

٣-ومنها: ملكية **السرجين أو السرقين** : وهو الزِّبل .[2]

واختلف الفقهاء في حكمه على قولين :

القول الأول: يجوز بيعه وتثبت الملكية . وهذا قول الحنفية[3] وقول لابن الماجشون[4] .

لأن الضابط عند الحنفية: «أن كل ما فيه منفعه تحل شرعاً، يجوز بيعه . والسرجين منتفع به، لأنه يلقي في الأرض لاستكثار الريع، فكان مالاً، والمال محل للبيع .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٥٥٤)، بداية المجتهد (١/ ٥٥)، ومغني المحتاج (١/ ٧٨)، والمقنع (١/ ٢٤).

(٢) انظر: المعجم الوسيط: (١/ ٤٢٨،٤٢٥) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٢وما بعدها)، وفتح القدير: (٥/ ١٨٨).

(٤) انظر: شجرة النور الزكية: ص(٥٦).

=

القول الثاني: لا يجوز بيع السرجين ، و بالتالي لا يثبت الملك فيه. وهذا قول الشافعية[١] والحنابلة[٢] . فهم لا يرون جواز بيعه، لأنهم يشترطون للمبيع طهارة العين، فلا يصح بيع نجس العين سواء أمكن تطهيره كجلد الميتة أم لا كالسرجين والخمر وغيرها .

إلا أن الحنابلة أجازوا بيع السرجين الطاهر كروث الحمام وكل ما يؤكل لحمه . [٣]

والذي يظهر هو التفريق بين الانتفاع و بين الأكل و الاستعمال المباشر و لما حرم البيع لأجل الأكل يتقيد التحريم فيه، ولا يتجاوز إلى غيره ، فيكون الانتفاع من باب المسكوت عنه، والأصل فيه الإباحة. والله أعلم بالصواب.

٤-ملكية الكلاب و ماليتها أكلاً و انتفاعاً:

اختلف الفقهاء في مالية الكلب وملكيته وجواز الانتفاع به على قولين :

القول الأول: أن الكلب من الأموال المملوكة إطلاقاً، لذلك يجوز بيعه. وهذا مذهب الحنفية.[٤]

فقد جاء في بدائع الصنائع : «أن الكلب مال، فكان محلاً للبيع، كالصقر والبازي، والدليل على ذلك أنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعاً على الاختلاف. فكان مالاً...»[٥] .

قال أبو حنيفة رحمه الله- : «بيع الكلب جائز، وثمنه حلال، والقيمة على متلفه واجبة، سواء أكان منتفعاً به أم غير منتفع، ويجوز اقتناؤه بكل حال»[٦] .

١- لأن الكلب ما ينتفع به حقيقة كالحراسة والاصطياد، وكل ما فيه منفعة تحل شرعاً، يجوز بيعه،

٢- لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله : ﴿ئه ئه ئو ئو ئۇ ئۇ ئۆ ئۆ ئۈ ئۈ ئې ئې ئې ئى ئىئد ى ى ي ي﴾[٧] .

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١١)، المهذب: (١/ ٢٦١) .

(٢) انظر: غاية المنتهى: (٢/ ٦) .و المبدع : (٤/ ١٥،١٤).

(٣) انظر: المقنع لابن قدامة: (٢/ ٦) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٣).

(٥) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٣).و حاشية رد المحتار: (١/ ٢٠٨)

(٦) انظر : الإفصاح: (١/ ٢٠٨)، حلية العلماء: (ص/ ٥٠٥)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: (٢/ ١٨٤) .

(٧) الآية: (٢٩) من سورة البقرة.

ويصح نقل اليد فيه، والوصية به فصح بيعه.

٣- وجاء في حديث جابر رضي الله عنه- قال : «**نهى رسـول الله ﷺ عن ثمن السـنور والكلب إلا كلب صيد**»[١] .

٤- وروىٰ أبو حنيفة رحمه الله بإ سناده عن ابن عباس رضي الله عنه- قال : «رخص لنا ر سول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد»[٢] .

القول الثاني : أن بيع الكلب باطل، سـواء كان معلماً أم لا . هذا القول ذهب إليه الجمهور[٣] . وبه قال الحسـن، وربيعة، وحماد والأوزاعي و داود[٤] . فإن الكلب الذي يجوز اقتناؤه يثبت لصـاحبه اختصاص به ولا يجوز له بيعه[٥] .

واستدلوا بأدلة، منها :

١-ما روىٰ أبو مسـعود الأنصـاري، أن رسـول الله ﷺ: «**نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن**»[٦] .

٢-وعن رافع بن خديج، قال قال رسـول الله ﷺ : «**ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث**»[٧] .

٣-وروي عن ابن عباس ، أنه قال : «**نهى رسـول الله ﷺ عن ثمن الكلب، فان جاء يطلبه فاملأوا كفه ترابًا**»[٨] .

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص (٣٧٥).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص(٣٧٥).

(٣) انظر :بداية المجتهد: (٢/ ٩٤) و حاشـية الدسـوقي: (٣/ ١١)، ومسـالك الدلالة: ص(٢٢٨-٢٢٧). و شرح منهاج الطالبين: (٢/ ٢٥١-٢٥٠) والمقنع لابن قدامة:(١/ ٧٩).

(٤) انظر : المغني لابن قدامة: (٢/ ٣٥٢) .

(٥) انظر : حاشية الدسوقي: (٣/ ١١)، مسالك الدلالة: ص(٢٢٨-٢٢٧).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص(٣٧٤).

(٧) الحديث أخرجه مسلم: (٣/ ١١٩٩) في «باب تحريم ثمن الكلب...» من كتاب المساقاة، وأخرجه أبو داود: (٢/ ٢٣٨) في «باب في كسب الحجام» من كتاب البيوع.

(٨) الحديث أخرجه أبو داود :(٢/ ٢٥٠) في «باب في أثمان الكلب» من كتاب البيوع .والحديث صحَّحه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة (٣/ ٩٠) وقال في صحيح أبي داود برقم (٣٤٨٢) صحيح الإسناد.

=

٤-ولأنه حيوان نهىٰ عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه، أشبه الخنزير أو أنه حيوان نجس العين أشبه الخنزير[١].

قال الماوردي: «بيع الكلب باطل، وثمنه حرام، ولا قيمة علىٰ متلفه بحال سواء أكان منتفعاً به أم غير منتفع»[٢].

وقال مالك: بيعه لا يجوز. ولكن علىٰ قاتله قيمة[٣].

الذي يظهر لي هو القول بثبوت الاختصاص لا الملكية في الكلاب؛ لأن الأحاديث علىٰ جواز الاقتناء و البيع تدل علىٰ الاختصاص و الانتفاع المحض. والله أعلم بالصواب.

٥- ملكية الهرة:

ذهب بعض الحنفية ومنهم الطحاوي رحمه الله - إلىٰ أن الهرة نجسة لنجاسة لحمها[٤].

واختلف العلماء في حكم بيع الهرة وثبوت الملكية عليها علىٰ ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بيع الهرة جائز. ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] والمالكية[٦] والشافعية[٧] والحنابلة[٨].

لأنها طاهرة ومنتفع بها ووجد فيها جميع شروط البيع، فجاز بيعها كالحمار والبغل. ولأن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع.

قال المالكية: يجوز بيع الهرة بقصد أخذ جلدها للإنتفاع به، أما إذا باعها لا لقصد أخذ جلودها فلا يجوز بيعها[٩].

---

(١) انظر: المغني: (٦/ ٣٥٤).

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٨٠-٣٧٩).

(٣) انظر: الذخيرة: (٧/ ٣٥١).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (١/ ١٤٩).

(٥) بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٢).

(٦) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٢٦٨-٢٦٧).

(٧) انظر: المجموع للنووي: (٦/ ٢٣٠-٢٢٩).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٢٨٥-٢٨٣).

(٩) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٢٦٨-٢٦٧) وجواهر الأكليل: (٢/ ٥).

=

وخص الشافعية الجواز ببيع الهرة الأهلية، أما الهرة الوحشية فلا يجوز بيعها عندهم لعدم الانتفاع به[١].

القول الثاني: أن بيع الهرة مكروه . ذهب إليه طائفة من السلف منهم أبو هريرة و مجاهد وطاووس، وهو قول عند المالكية صححه الجزولي[٢] ورواية عند أحمد اختارها أبو بكر[٣].

واستدلوا بحديث أبي الزبير، قال : سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنور، فقال : «**زجر النبي ﷺ عن ذلك**»[٤].

ولأن أكلها مكروه فكره بيعها بناء على ذلك .

القول الثالث : أن بيع الهرة لا يجوز .ذهب إليه بعض العلماء[٥].

واستدلوا بحديث جابر : «**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور**»[٦].

والذي يظهر لي هو القول بثبوت الاختصاص فيها. و الله أعلم بالصواب.

٦- ومنها: ملكية النجاسات أو الأعيان النجسة : و قد سبق تقرير المسألة و تجدر الإشارة هنا إلى ما يأتي:

اختلف العلماء في مالية النجاسة وملكيتها وجواز التعامل بها على اتجاهين :

الاتجاه الأول : أنها لا تملك مطلقاً . وهذا قول الحنفية[٧].

فإن بيع شعر الخنزير غير جائز لأنه نجس العين، فلا يجوز بيعه إهانة له . كما أنهم لم يجيزوا بيع جلود الميتة قبل أن تدبع، لأنه غير منتفع بها . ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ، لأنها قد طهرت بالدباغ، أما قبل الدباغ فهي نجسة[٨].

---

(١) انظر : المجموع للنووي: (٩/ ٢٣٠-٢٢٩).

(٢) انظر: هو محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله الجزولي، قاضي فاش، أخذ عنه ابن خلدون و أبو عبد الله الكرسوطي، توفي سنة: ٧٥٨هـ. انظر: شجرة النور زكية ص (٢٣٣).

(٣) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٢٦٧) والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٨٤).

(٤) الحديث أخرجه مسلم: (٣/ ٧٥٢).

(٥) انظر : المجموع للنووي: (٩/ ٢٣٠-٢٢٩) والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٨٥-٢٨٤).

(٦) الحديث أخرجه أبو داود: (٣/ ٧٥٢) في «باب في ثمن السنور» من كتاب البيوع .

(٧) انظر: فتح القدير مع العناية بهامشه: (٥/ ٢٠٢).

(٨) انظر: فتح القدير مع العناية بهامشه: (٥/ ٢٠٣).

=

الاتجاه الثاني : أنها تملك إذا كانت من المتنجس الذي يقبل التطهير كالثوب المتنجس يجوز بيعه، و أما ما لا يقبله كالزيت المتنجس لا يجوز فيه الملك . هذا قول المالكية[١] و الشافية[٢]. وفي أسهل المدارك : [٣]: جلد الميتة والمأخوذ من الحي نجس، ولو دبغ لا يجوز بيعه ولا يصلى عليه . فإن الدباغة لا تؤثر في ظاهره ولا في باطنه .

٨-ملكية بزر القز وخارجه :

على القول : أنها نجسة[٤] لا يثبت الملك فيها.

ويحتمل أن يجوز بيعها وتحصل الملكية فيها، لأجل الانتفاع بما يصنع منها حتى ولو كانت ميتة، مع القول بنجاستها[٥] وذلك لأسباب:

١-تعتبر من أعز أموال الناس اليوم .

٢-يصدق عليها تعريف المال .

٣-يحتاج إليها الناس كثيراً في الصباغ وغيره[٦] .

و بما أن الناس اعتادوا تمولها والانتفاع بها، جاز بيعها لذلك. و لأنه من باب الاختصاص . وقال أبو حنيفة في رواية عنه : إن كان مع دود القز قز، جاز بيعه، و إلا فلا. لأنه لا ينتفع بعينه، فهو كالحشرات[٧] .

٩-ومنها: ملكية سباع البهائم وجوارح الطير:

اتفقت المذاهب على عدم جواز بيع سباع البهائم والطير، إذا كانت مما لا ينتفع به بحال، فإذا كانت مما ينتفع به جاز بيعه .[٨]

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (١/ ٦٠) وما بعدها .

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١١) .

(٣) انظر: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك: (١/ ٥٥) .

(٤) انظر: المغني: (٦/ ٣٦٣) .

(٥) انظر: المغني: (٦/ ٣٦٣) .

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٩).

(٧) انظر : المغني: (٦/ ٣٦٣).

(٨) انظر: الدر المختار (٤/ ٢١٤)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ١١)، وتحفة المحتاج (٤/ ٢٣٨)، والشرح الكبير في ذيل =

١٠-ومنها: ملكية الخمر و ما في معناها-

فالعلماء اختلفوا في نجاستها- وجمهور الفقهاء على أنها نجسة مغلظة كالبول والدم لثبوت الحرمة والتسمية بالرجس في قوله تعالى: ﴿ﭙﭚﭛﭜﭝﭞﭟ﴾ .[1]

واختلف العلماء في مالية الخمر على قولين:

القول الأول: أنها مال متقوم، لكن يجوز إتلافها لغرض صحيح، وتضمن إذا أتلفت لذمي، وهذا قول الحنفية[2] والمالكية.[3]

القول الثاني: وهو أنها ليست بمال، وعلى هذا يجوز إتلافها لمسلم كانت أو ذمي و هذا قول الشافعية[4] والحنابلة.[5]

ويحرم على المسلم تمليك أو تملك الخمر بأي سبب من أسباب الملك الاختيارية أو الإرادية كالبيع والشراء والهبة ونحو ذلك، أما إذا كان التملك بسبب جبري كالإرث فإنها تدخل في مكله.

والمسائل في هذه القاعدة كثيرة، هذه الأمثلة تلقي الضوء على معرفة أشباهها ونظائرها.

والله أسأل أن يوفقنا السداد والتوفيق .

المغني (٤/ ١٣).

(١) الآية: ٩ من سورة المائدة.

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٩/ ٣١)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨٩).

(٣) انظر: الشرح الصغير (٤/ ٤٧٤).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٥)، والمجموع (٩/ ٧٢٢).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٢٣-٢٢٢)، والإنصاف (٥/ ١٩٢).

المبحث الخامس : قاعدة : الأموال لا تتملك على أربابها بالدعاوي

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بتملك الأموال بالدعاوي المجردة، والقاعدة تشتمل على مسألة مهمة وهي مدى أثر الدعاوي في إثبات الملكية في الأموال، كما أن القاعدة تستدعي اهتمام الشريعة الإسلامية وعنايتها بالأموال وأصحابها، ولم تهمل الشريعة نظاها ولم تتركها على أهواء الناس، بل اهتمت كل الاهتمام في طرق إثبات الملكية ومن هنا يظهر لنا جلياً أن القاعدة تحوز بأطرافها وأبعادها أهمية بالغة.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور التالية :

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة ليست من صنيع الفقهاء المتأخرين والمعاصرين، بل هي من صنيع الفقهاء المتقدمين، والقاعدة باللفظ المذكور ذكرها الإمام الماوردي في الحاوي الكبير[1] وقال في مسألة إذا اختلف الزوجان في نوع المدفوع هل هو مهر أم هدية؟: «قال الشافعي : فإن قالت المرأة: الذي قبضت هديةٌ، وقال : بل مهر، فقد أقرت بمال، وادعت ملكه، فالقول قوله» وذلك لأن الأموال لا تتملك بالدعاوي وكذلك ذكرها الندوي في موسوعته المشهورة [2] وهناك ألفاظ أخرى تؤدي إلى مضمون القاعدة، فقد وردت بلفظ «الأملاك لا تزال من أيدي مالكيها إلا بأمر محقق لا شك فيه»[3]، وبلفظ: «أملاك الناس لا يجوز الاعتراض عليها لغير حجة»[4].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة، وما يتعلق بها:

أ-تعريف الأموال لغة واصطلاحاً:

١-الأموال جمع مال.

والمال في اللغة: هو ما يملك الإنسان من كل شيء، يقال: ملت وتمال، وملت، وتمولت،

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي : (٩/ ٥٠١) .

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٨٣) .

(٣) المعيار: (٨/ ٢٩٦)، (٥/ ٣٨٠) .

(٤) معالم السنن: (٥/ ٧٢٠) .

واستمملت: كثر مالك، ورجل مال وميل ومول: كثيرة أمواله، وملته: اعطتيه المال(١).وفي لسان العرب: المال معروف ما ملكته من كل شيء(٢).

وفي النهاية: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى، ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم(٣).

٢-المال في الاصطلاح:

أ- تعريف المال عند فقهاء المتقدمين:

اختلف الفقهاء في تعريف المال وعرفوا بتعريفات متعددة حسب اتجاههم في مالية الأشياء، أشير هنا إلى بعض تعاريفها:

١- ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة(٤).

٢-وفي مجلة الأحكام العدلية: ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول(٥).

٣- هو ما كان منتفعاً به، أي مستعداً لأن ينتفع به(٦).

والمقصود بالانتفاع الانتفاع المباح المقصود، فيخرج ما منفعته محرمة.(٧)

٤-المال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه(٨) .

---

(١) انظر: القاموس المحيط: ص(١٣٢٨)، والمعجم الوسيط: (٨٩٢).

(٢) انظر: لسان العرب: (١١/ ٦٣٢).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٤/ ٣٧٣).

(٤) انظر: التلويح: (٢/ ٩٧)، ودستور العلماء: (٣/ ١٨٨).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٢٦) . وكذلك انظر تفصيل الكلام في المدخل لعيسوي: ص(٣٠٤)، والمدخل للشلبي: ص(٢٨٦).

(٦) انظر: القواعد للزركشي: (٣/ ٢٢٢)، وحاشية الباجوري: (١/ ٣٤٣).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٧)،.

(٨) انظر: الموافقات: (٢/ ١٧).

=

٥-ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة(١).

خرج بهذا التعريف ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة.(٢)

ب- تعريف المال عند الفقهاء المعاصرين:

عرفوا بتعريفات متعددة وحاولوا بوضع تعريفات سليمة للمال منها:

١-المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس(٣).

٢-ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً(٤).

يستخلص مما سبق أن أساس المالية في نظر الفقهاء يعتمد على الأمور التالية:

١-أن يكون الشيء له قيمة بين الناس.

٢-أن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه ينتفع به انتفاعاً مشروعاً، فلا قيمة في نظر الشريعة لأية منفعة اعتبرتها غير مشروعة.

وعلى هذا الأساس يكون تعريف المال في اصطلاح الجمهور بأنه: «ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار» .(٥)

ب-أقسام الأموال عند الفقهاء:

أولاً: تقسم الأموال باعتبار حقيقتها وذواتها:

الأموال من حيث حقيقتها وذواتها تنقسم إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: الأعيان:

وهي جمع عين، وهو المال الحاضر الذي تراه العيون(٦)، وهي عند الفقهاء أن يكون الشيء ذا كيان

---

(١) انظر: كشاف القناع: (١/ ٧).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٨).

(٣) انظر: المدخل لنظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: ص(١٣٦).

(٤) انظر: الأموال لمحمد يوسف موسى: ص(١٦٢)، وأحكام المعاملات: ص(٢٥). وكذلك في الملكية للعلامة أبي زهرة: ص(٤٤).

(٥) انظر: المدخل لنظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: ص(١٣٦). و الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٢٠١ وما بعدها)

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٧٢٧).

=

مادي، ووجود خارجي حسي، ومشخص، يمكن معه إحرازه والسيطرة عليه[١]،

القسم الثاني: الأثمان[٢]:

وهي كل ما عدّه الناس قيماً للأشـياء كالذهب والفضـة والدنانير والدولارات وغيرها من العملات العربية والأجنبية.

القسم الثالث: المنافع:

وهي ما يحصل بها مصلحة وفائدة للناس ، كسكنىٰ الدار ولبس الثوب وركوب الدابة، فالمنفعة المباحة ذات قيمة مادية يحتاجها الناس ويبذلون بدلها عوضـاً من عين أو ثمن أو منفعة، فيمكن اعتبارها مبيعاً.

وقد اختلف الفقهاء في ماليتها علىٰ قولين:

القول الأول: أن المنافع ليسـت أموالاً متقومة في حد ذاتها، لأن صـفة المالية للشيـء إنما تثبت بالتمول والتمول يعني صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة.

والمنافع لا تبقىٰ زمانين لكونها أعراضاً، فكلما تخرج من حيز العدم إلىٰ حيز الوجود تتلاشىٰ، فلا يتصور فيها التمول، وهذا مذهب الحنفية[٣].

غير أن الحنفية يعتبرون المنافع أموالاً متقومة إذا ورد عليها عقد معاو ضة كما في الإجارة، وذلك علىٰ خلاف القياس، وما كان علىٰ خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس[٤].

وهم قد يطلقون علىٰ المنافع أموالاً غير متقومة أو لا تضـمن بالإتلاف، فقد جاء في «تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع» : «قال علماؤنا رحمهم الله إن المنافع لا تضمن بالإتلاف، بعد قولهم إنها أموال، لأن ضمان الإتلاف مقيد بشرط المماثلة» وما للمنافع مثل، أما من جنسها فلا إشكال.

---

(١) انظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: (٢/ ١٥)، الفقه الإسلامي: (٤/ ٤٢)، مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام: (١/ ١١٢).

(٢) انظر: جامعة الفصولين: (١/ ١٦٤).

(٣) انظر: بدائع الد صنائع: (٤/ ١٧٥)، والتفريق بين المنافع والأعيان الخارجة من الأ شياء، قواعد ابن رجب: ص(٢١٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٩٥).

(٤) انظر: التنقيح وشروحه وحواشيه: (٢/ ٢٦٢-٢٦١)، نظرية الضمان للدكتور الزحيلي: ص(١٢٠).

=

وفيه إجماع لأنها تحدث من أعيان متفاوتة، فلذلك هي تتفاوت بحسب تفاوت الأعيان، وأما من الدراهم والدنانير فلأنها في الجملة خير من المنافع ذاتها، لأنها من جملة الجواهر، والمنافع أعراض، والجوهر خير من العرض ذاته في الجملة، لأن الأعراض قيمتها بغيرها، والجواهر تقوم بنفسها[1].

وقد وجه لمذهب الحنفية في عدم اعتبار المنافع أموالاً أو في اعتبارها أموالاً غير متقومة نقد شديد، لأن فيه إهدارًا للحقوق وضياعاً للمصالح، فالأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون متقومة؟!!

القول الثاني: أن المنافع أموال بذاتها، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها، وهذا قول الجمهور من المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

جاء في الأشباه والنظائر: «قال علماؤنا: المالية قائمة بمنافع الأعيان كقيامها بالأعيان، يعني بهذا أن منافع الأعيان أموال كالأعيان، قالوا: بل المنافع أحق باسم الأموال من الأعيان إذ الأعيان لا تسمىٰ أموالاً إلا لاشتمالها علىٰ المنافع، ألا ترىٰ أنها لا يصح بيعها دونها»[5].

والفقهاء وإن اختلفوا في مالية المنافع، لكنهم متفقون علىٰ أنها تكون محلاً للملك، فهم يقررون في كتاب الإجارة، مثلاً: «أن المستأجر مالك لمنفعة العين المؤجرة، ويرددون ذلك في كثير من الفروع»[6].

القسم الرابع: الديون:

والدين: هو لزوم حق في الذمة، وقد يكون محله مالاً كما أنه قد يكون عملاً، أو عبادة كصوم وصلاة وحج وغير ذلك.

---

(١) انظر: تقويم أصول الفقه: (ص١٠٣).

(٢) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٦٥)، حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٤٢)، وبلغة السالك: (٢/ ٢٠٩).

(٣) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٢٢٢).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٥/ ٢١٨)، شرح منتهىٰ الإرادات: (٢/ ٢٤٨).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (٢/ ١٣٢)، وحاشية الباجوري: (١/ ٣٧١)، تخريج الفروع علىٰ الأصول للزنجاني: (ص١١٠-١١٤).

(٦) انظر: حاشية ابن ابن عابدين: (٥/ ٥٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥٢-٣٥١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٢٦)، والتاج المذهب: (٣/ ٩٢)، شرائع الإسلام: (١/ ٢٣٤)، الروضة البهية: (٢/ ١).

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحق الواجب في الذمة إذا لم يكن مالياً، فإنه لا يعتبر مالاً، ولا يترتب عليه شيء من أحكامه.[١]

أما إذا كان الدين الشاغل للذمة مالياً، فقد اختلف الفقهاء في اعتباره مالاً حقيقة، على قولين:

القول الأول: أن الديون في الذمة ليست أموالاً، لأنها ما دامت في الذمم . فهي أوصاف شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادلها، فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه، وهذا مذهب الحنفية[٢].

فهم يعتبرون الدين مالاً، حكماً لا حقيقة، لكونه معدوماً كما جاء في شرح فتح القدير: «والدين مالاً حكماً، لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول، لعدم المال الحقيقية غير أنها ترتد بالرد لمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال»[٣].

القول الثاني: «أن الديون في الذمم أموالاً . ذلك أنهم لا يشترطون في المال أن يكون عيناً مادية يمكن إحرازها وادخارها» . وهذا قول جمهور الفقهاء[٤].

القسم الخامس: الحقوق المعنوية:

هي اختصاصات ترد على أشياء غير مادية تدرك بالعقل وحده، سواء أكانت نتاجاً ذهنياً أو ثمرة لنشاط معين يجلب له العلماء[٥].

اتفق الفقهاء على أن بعض الحقوق لا تعتبر أموالاً ولا أملاكاً بالمعنى المقصود من الملك، مثل حق الولاية وحق الحضانة وغيرها[٦].

واتفقوا على أن بعض الحقوق تعتبر مملوكة لأصحابها، وذلك لأنها حقوق أثبت لأصحابها اختصاصاً بمنافع معينة، بحيث ساغ لهم التصرف فيها بحدود معينة، مثل حق المرور، والمجرى،

---

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: ص(١٣٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٥٧)، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: ص(١٣٥).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٢٥٠).

(٤) انظر: قواعد الزركشي: (و١٣٧ب)، حاشية الباجوري: (١/ ٣٧١، ٣٧٩، ٣٨٢)، التاج المذهب: (٤/ ٣٠٣).

(٥) انظر: الملكية للخفيف: (١/ ١٦)، زكاة الحقوق المعنوية، الندوة السابعة لقضايا الزكاة المعاصرة: (ص٣٥٦).

(٦) انظر: مصادر الحق للدكتور السنهوري: (٥/ ٦٢)، بحث الشيخ محمد علي السايس في المؤتمر الأول: (ص ١٩٧).

=

والمسيل، والشرب، والتعلي وغيرها[١].

ثانياً: تقسيم الأموال باعتبار تقومها وعدمه:

ينقسم المال عند الحنفية باعتبار تقومه وعدمه إلى قسمين: المال المتقوم وغير المتقوم[٢].

القسم الأول: المال المتقوم: هو ما حيز بالفعل وأباح الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار.

القسم الثاني: المال غير المتقوم: هو ما لم يحز بالفعل أو حيز ولكن حرم الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار وإن أبيح ذلك في حالة الا ضطرار، فالطير في الهواء والسمك في الماء مال غير متقوم، والخمر والخنزير والحيوان المأكول إذا لم يذبح بالطريقة المشروعة مال غير متقوم بالنسبة للمسلم، أما بالنسبة للذميين فهي مال متقوم لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها.

ونصت المادة: (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية: «المال المتقوم يستعمل في معنيين:

الأول: ما يباح الانتفاع به، والثاني: بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز[٣].

فالمعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤذن فيه، فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حسًّا[٤] .

ثالثًا: تقسيم الأموال باعتبار مثليتها وقيمتها:

تنقسم الأموال باعتبار مثليتها وقيمتها إلى قسمين:

القسم الأول: المال المثلي: هو ماله مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزاءه أو وحداته

---

(١) انظر: الأموال ونظرية العقد: ص (١٧١)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص (٧٥).

(٢) انظر: در المختار: (٤/ ٣٤٠)، المبسوط: (٤/ ٣٩٥)، الأموال لمحمد يوسف موسى: ص (١٦٤)، والملكية لأبي زهرة: ص (٤٧-٤٦).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٥،٥٠).و مجلة الأحكام العدلية: ص (٧٠). في المدخل في الفقه للعيسوي: ص (٣١١-٣١٢)،

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة: ص(٥٠٥)، ونهاية المحتاج: (٥/ ١٧٠) .

تفاوتًا يعتد به في التعامل[١] .

القسم الثاني: المال القيمي: هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة[٢] . مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالألماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة .

رابعاً: تقسيم الأموال باعتبار استقرارها في محلها وعدم استقرارها:

ينقسم المال بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: المال المنقول:

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من المنقول وهما:

١-هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقي على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل، ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات[٣]، وهذا اصطلاح الحنفية.

٢-هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها وهذا قول المالكية[٤].

القسم الثاني: العقار: وفي تعريفه أيضاً اصطلاحان:

١-هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدور والأراضي[٥]، هذا رأي الحنفية.

٢-هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر، فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصير أخشاباً[٦].

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٤٥): ص(٧١) .

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٤٦): ص(٧٢) .

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: (١٢٨): ص(٧٠).

(٤) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٥٤).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: (١٢٩): ص(٧٠).

(٦) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٥٤).

=

ويلاحظ أن البناء والشــجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشــجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه، أما لو بيع البناء وحده أو الشــجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار، فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة، والمنقول يشمل ما عداها(١).

و قد يتحول المنقول إلى عقار و بالعكس، مثال الأول: الأبواب والأقفال و تمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت، ومثال الثاني: أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب، تصبح منقولاً بمجرد فصلها عن الأرض.(٢)

خامساً: أقسام الأموال باعتبار نقديتها: .(٣)

قسم الفقهاء المال بالنظر إلى اتصافه بالنقدية إلى قسمين:

القســم الأول: النقود: جمع نقد، وهو عبارة عن الذهب والفضــة ســواء كانا مسكوكين أو غير مسكوكين(٤)، ويلحق بالذهب والفضة في الحكم الأوراق الرائجة في العصر الحاضر.

القســم الثاني: العروض: جمع عرض، وهي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والقماش وغيرها(٥).

وقد أدخل بعض فقهاء الحنابلة النقد في العروض إذا كان متخذاً للاتجار به، تأســيســاً على أن العرض هو كل ما أعد لبيع وشراء لأجل الربح، ولو من نقد.

سادساً: تقسيم الأموال باعتبار بقاء عينها بالاستعمال وعدم بقائها:

ينقسم المال بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القســم الأول: هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باســتهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود، فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ما عدا النقود إلا باســتئصال

---

(١) انظر: رد المحتار: (٣/ ٤٠٨).

(٢) انظر: الفقه الإسلامي و أدلته: (٤/ ٥٥).

(٣) انظر: المصدر السابق: (٣/ ٤٠٨).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: (١٣٠): ص(٧٠).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: (١٣١): ص(٧٠) .

عينها، وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكها وإن كان أعيانها باقية بالفعل[١].

القسم الثاني: هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها[٢].

سابعاً: تقسيم الأموال باعتبار نمائها أو عدم نمائها:

ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: المال النامي: النماء في اللغة الزيادة والكثرة، وفي الاصطلاح: هو الذي يزيد ويكثر، وهو نوعان: حقيقي، وتقديري، أما الحقيقي هو الزيادة بالتوالد والتناسل والتجارات. والتقديري هو تمكنه من الزيادة، يكون المال في يده أو يد نائبه.

القسم الثاني: المال غير النامي: هو الذي يتخذه الإنسان لنفسه لا للتجارة.

وقيل: المال الذي يؤثله الرجل ويلزمه ولا يبيعه ليستغله، ويقال له: مال القنية.

ب-معنى الدعاوى لغة واصطلاحاً:

١-معنى الدعاوي لغة: الدعاوى جمع دعوى،

والدعوى في اللغة: اسم من الادعاء، مصدر ادعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها[٣]، يقال: دعوى فلان كذا، وتجمع على دعاوى، ودعاو[٤].

ولها في اللغة معان متعددة، منها: الطلب والتمني ومن ذلك قول الله ﷻ: ﴿ﭥﭦﭧﭨ﴾[٥]. ومنها: الدعاء كما في قوله تعالى: ﴿ﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄ ﮅﮆ﴾[٦]، ومنها: الزعم: ولا تطلق الدعوى على القول المؤيد بالحجة والبرهان[٧].

٢-الدعوى في الاصطلاح:

---

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٥٥).

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٥٥).

(٣) انظر: المصباح المنير: ص (٧٤)، ومعجم مقاييس اللغة: ص (٣٣٨).

(٤) انظر: المعجم الوسيط: ص (٢٨٧).

(٥) الآية: (٥٧) من سورة يس.

(٦) الآية: (١٠) من سورة يونس.

(٧) انظر: تاج العروس، التعريفات: ص (٧٢)، وتنوير الأبصار: (١/ ٣٧٠).

قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير أو يدفع حق الغير عن نفسه في حضور الحاكم[١].

٣-تقسيم الدعاوى عند الفقهاء:

أنواع الدعاوى باعتبار صحتها: [٢]

الدعاوى بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الدعوى الصحيحة:

وهي الدعوى المستوفية لجميع شرائطها، وتتضمن طلباً مشروعاً، وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها، فيكلف الخصم بالحضور، وبالجواب إذا حضر وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر خصمه، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز عن البينة[٣] .

القسم الثاني: الدعوى الفاسدة:

وهي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية، ولكنها مختلفة في بعض أوصافها بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها، كأن يدعي شخص على آخر بدين ولا يبين مقداره، أو يدعي عليه استحقاق عقار ، ولا يبين حدوده[٤] .

القسم الثالث: الدعوى الباطلة:

وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً، ولا يترتب عليها حكم، لأن إصلاحها غير ممكن، وتعود أسباب البطلان في الدعاوى إلى فقد أحد الشروط الأساسية المطلوبة فيها، ومن أمثلة الدعوى الباطلة: الدعوى التي يرفعها الشخص ولا يكون له في رفعها صفة، وكذلك الدعوى المرفوعة على من ليس بخصم، والدعوى المرفوعة لمن ليس له أهلية التصرفات الشرعية، والدعوى التي لا تستند إلى حق ولو في الظاهر، ودعوى ما ليس مشروعاً كدعوى المطالبة بثمن خمر أو خنزير أو ميتة.

وقد تسمى هذه الدعاوى عند غير الحنفية بالدعاوى الفاسدة، وهو اصطلاح عام عندهم

---

(١) انظر: التعريفات الفقهية: ص (٩٦)، وتحفة المحتاج: (١٠/ ٢٨٥)، والمغني: (٩/ ٢٧١)، ومنتهى الإرادات: ص(٦٢٨).

(٢) انظر: تبصرة الحكام: (١/ ١٠٤).

(٣) انظر: المبسوط: (١٦/ ٧٨)، وتبصرة الحكام: (١/ ١٠٤)، وتحفة المحتاج: (١٠/ ٢٩٧)، والمغني: (٩/ ٨٦).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

=

يدخل تحته جميع الدعاوىٰ المختلة في أي ناحية من نواحيها الأساسية وقد صنفها الماوردي من علماء الشافعية[1] إلىٰ صنفين:

الأول: ما عاد فساده إلىٰ المدعي، فهذه دعوىٰ باطلة لامتناع مقصودها في حق المدعي.

الثاني: ما عاد فساده إلىٰ الشيء المدعىٰ.

ثالثا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة منبثقة من القاعدة العامة المشهورة وهي: **"البينة على المدعي واليمين على من أنكر"**.[2]

وهي من القواعد التي اتفق عليها الفقهاء في الجملة[3]، وأصل القاعدة ينص علىٰ أن التملك لا يثبت بالدعاوي، فلا بد من إثبات السبب الموجب للملك.

وهي من الأصول المهمة التي يرتكز عليها القضاء في باب الملك والتملك. والأدلة عليها ما يأتي:

١-حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **"لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه"**[4].

وجه الدلالة من الحديث أن الإثبات لا يعتمد علىٰ مجرد الدعوىٰ فلابد من بينة أو سبب يثبت ما يدعيه المدعي.

٢-ولأن المدعي ضعيف في دعواه، فلا بد له من إثبات ما يدعيه بالبينة،

قال الشيخ أحمد الزرقا: "والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي: (١٦/ ٥٤-٤٤).

(٢) انظر: شرح مجلة الأحكام للأتاس (١/ ٦٩)، مادة رقم: ٧٦، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (ص٣٦٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص٣٦٢).

(٣) انظر: المعيار (٧/ ٢٩٦)، (٥/ ٣٨٠)، والحاوي الكبير للماوردي (٩/ ٥٠١)، وحجة الله البالغة (٢/ ١٦٧).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ٢١٤-٢١٣) كتاب التفسير باب سورة آل عمران، ومسلم في صحيحه (٥/ ١٢٨) في كتاب الأقضية باب اليمين علىٰ المدعىٰ عليه، والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٥٢) من طريق ابن جريج عن أبي مليكة عنه.

=

فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة، وجانب المدعى عليه القوي، لأن الأصل عدم المدعى به، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين".[1]

٣-ولأن المدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر، ويثبت الزيادة فلا يثبت له التملك بمجرد الدعوى بخلاف المدعى عليه وهو مستصحب الأصل.[2]

٤-ويشهد لهذا الأصل قاعدة: **"البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل."**[3]

رابعا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١-لو ادعى ضيف ملكه في الطعام المقدم إليه نزلًا، فإنه لا يملكه بمجرد دعواه، وإنما يملك الانتفاع به .

٢-**ومنها:** لو غصب أحد شيئًا فهو ضامن لما غصبه ولزوائده التي فوت يد المالك عنها، فلو ادعى بعد ذلك أنه ملكه و نماء ملكه لا تسمع منه هذه العوى لأن بالغصب لم يوجد ناقل شرعي ينقل المال عن ملك صاحبه إلى ملك الغاصب، والغصب لا يعطى الغاصب حقًا في المغصوب أو في زوائده .

٣-**ومنها:** لو ادعى رجل على آخر بأن السيارة الموجودة عنده سيارتُه وهي ملكهُ لأن سيارتهُ ضاعت، وهي كهذه في الصفة والنوع، فلا يثبت له التملك على سيارة الآخر؛ لأن الدعوى التي جاء بها الرجل مجردة عن قرائن الملك، واليد السابقة مقدمة على غيرها .

٤-**ومنها:** لو ادعى المستأجر أن العين المؤجرة ملك له، وليس للمؤجر شيء منها، فإنه لا يملك بها العين المؤجرة.

٥-**ومنها:** لو ادعى شخص أنه ملك داراً بهبة أو شراء من أبيه فإنه لا يثبت له التملك بدعواه المجردة حتى يقيم البينة على ما ادعاه.[4]

وهذه أمثلة على تطبيقات القاعدة، وهي تؤكد أيضاً صحة مضمون القاعدة واعتبارها عند

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٦٩).

(٢) انظر: حجة الله البالغة (٢/ ١٦٧).

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٧٧)، وشرح القواعد الفقهية (ص٣٩١).

(٤) انظر: جامع الفصولين (١/ ١٢٨).

الفقهاء. والله ولي التوفيق.

المبحث السادس : قاعدة : الصلة لا تملك قبل القبض

هذه القاعدة من القواعد المهمة المتعلقة بثبوت الملكية في الصلات والعطايا والهدايا وما في معناها، وهي تعالج أحكام ثبوت الملكية في التبرعات، وما في معناها، كما أنها تتضمن مدى صحة التصرف في الصلات قبل قبضها وحوزتها وهي تحتل مكانة مرموقة في باب التصرف فيما لا يملك قبل القبض،

ودراستها تأتي على المحاور الآتية :

الأول : الكلام عن أصل القاعدة ووضعها وألفاظها :

القاعدة بهذا اللفظ وردت في «الإنتصار»[١] للكلوذاني[٢]، و«التحرير»[٣] و«القواعد والضوابط»[٤] وأصل هذا الضابط قول خليفة رسول الله ﷺ أبي بكر الصديق رضي الله عنه لعائشة رضي الله عنها، وكان أبو بكر قد نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية ، فلما مرض قال: «يا بنية، كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ولو كنت حزتيه أو قبضتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله»[٥] . وفيه عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه مثله[٦] .

وقد نصت عليه مجلة الأحكام العدلية[٧]: «المادة: (٧٢): التبرع لا يتم إلا بالقبض، فإذا وهب أحد لآخر شيئاً، لا يتم هبته إلا بقبضه» .

والقاعدة وردت بألفاظ متقاربه أخرى منها :

---

(١) انظر : الانتصار للكلوذاني: (٣/ ٢٨١).

(٢) انظر : هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسين بن أحمد الكلوذاني، درس الفقه على أبي يعلى الحنبلي رحمه الله ، وله الهداية و الانتصار في المسائل الكبار و رؤوس المسائل والتمهيد في أصول الفقه.توفي سنة: ٥١٠هـ

انظر: طبقات الحنابلة: (٢/ ٢٥٨) و ذيل الطبقات : (١/ ١٦) و المنهج الأحمد: (٢/ ١٩٨)

(٣) انظر : التحرير: (٤/ ١١٩٣).

(٤) انظ :القواعد والضوابط: ص(٤٨٩).

(٥) الأثر أخرجه مالك في المؤطا عن ابن شهاب بلفظ فيه اختلاف: ص(٦٤٣)

(٦) المؤطأ: ص(٦٤٤).

(٧) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٤٢).

" الصدقة لا تتم إلا بالقبض " [١] . وبلفظ : "التبرع لا يتم إلا بالقبض" [٢] .

ويؤكد مدلول هذه القاعدة أيضاً ما جاء في المبسوط : «لأن النفقة تستحق استحقاق الصلات، لا استحقاق المعاوضات على ما قررناه، والصلات لا تتم إلا بالقبض وتسقط بالموت»[٣] .

ثانياً : شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها من المسائل :

أ-معنى الصلة لغة واصطلاحاً :

الصلة في اللغة : مشتقة من الواو والصاد واللام، يدل على ضم شيء إلى شيء[٤] فالصلة هي الضم والجمع. يقال : وصل الشيء بالشيء وصلاً ووصلة وصلة : ضمه به وجمعه ولأمه. وتطلق على العطية والجائزة وعلى الانتهاء والبلوغ وضد الهجران.[٥] .

الصلة في الاصطلاح: تطلق على صلة الرحم، وصلة السلطان. قال العيني في شرح البخاري: الصلة: هي صلة الأرحام، وهي كناية عن الإحسان إلى الأقربين من ذوي النسب والأصهار ، والتعطف عليهم والرفق بهم والرعاية لأحوالهم، وكذلك أن بعدوا وأساءوا، وقطع الرحم قطع ذلك كله[٦] . ويعتبر الفقهاء الصلة سبباً من أسباب الملكية مثل الهبات والعطايا والصدقات، كما يطلق بعض الفقهاء على عطايا السلاطين : صلات السلاطين.

ب-المقصود بالصلة في الضابط هنا جميع أنواع التبرعات من الهبات والعطايا، والصدقات وغيرها. والقاعدة أصل مهم جداً في باب التبرعات.و عقود التبرعات عند الفقهاء على الوجه التالي:

أولاً: التدبير:

و هو العتق بعد موته مطلقًا، أو إلى مدة غلب موته قبلها[٧] .

---

(١) انظر : المبسوط: (١٢/ ٣٥).

(٢) انظر : شرح الخاتمة: ص(٢٨)، والمقنع: (٢/ ٣٣٢)، وروضة الطالبين: (٤/ ٤٢٦) فما بعدها، والاعتناء: (٢/ ٧٢٦).

(٣) انظر : المبسوط: (٥/ ١٩٥).

(٤) انظر : معجم مقاييس اللغة: ص (١٠٥٥).

(٥) انظر :لسان العرب: (١١/ ٧٨٦)، ومختار الصحاح: ص (٦٢٥)

(٦) انظر : عمدة القاري شرح البخاري: (٢٢/ ٨١) .

(٧) انظر: فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٢٢٧) و المغني لابن قدامة: (١٤/ ٤١٢)، والمقنع: (١٩/ ١٣٩)، والشرح =

ويحصل به الملك في رقبة المدبَّر بعد موت السيد المدبِّر كالوصية والعتق المضاف إلى ما بعد الموت، وعلى هذا يكون التدبير عقدًا غير لازم للسيد.

ثانيًا: الصدقة:

الصدقة لغة: اسم من تصدق يتصدق عليه إذا اعطى والصدقة: ما يتصدق به المرء عن نفسه وماله[1].

وهي في الاصطلاح: تمليك الأعيان للثواب عند الله تعالى[2]، يقال للزكاة صدقة كما ورد في القرآن الكريم: ﴿ ڻﮤﮥ... ﴾[3].

و قد تطلق الصدقة: على كل نوع من المعروف، ومن ذلك قول النبي ﷺ: « **كل معروف صدقة** »[4].

يحصل الملك بها في الصدقة إذا قبضها المتصدق عليه، وذلك قياسًا على الهبة؛ لأنها تمليك بلا عوضٍ لأجل ثواب الآخرة، وهي جائزة ولهذا لا يمكن تملكها بدون القبض[5].

واتفق الفقهاء على أنه إذا تمت بالقبض فلا يصح للمتصدق أن يرجع في صدقته؛ لأن المقصود بالصدقة الثواب، وقد حصلَ وإنما الرجوع يكون عند تمكن الخلل فيما هو المقصود[6].

إلا أن فقهاء الشافعية يفرقون بين الهبة والصدقة، فإنهم يشترطون في الهبة أن يكون الإيجاب

الكبير: (١٩/ ١٣٩).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ص(٥٦٥)، وانظر: القاموس المحيط: ص(١١٦٢)، والمعجم الوسيط: ص(٥١٠).

(٢) انظر: الذخيرة في فروع المالكية للقرافي: (٤/ ٤٠٠).

(٣) الآية: (٦٠) من سورة التوبة.

(٤) أخرجه البخاري: (١٠/ ٤٤٧) في باب محل معروف صدقة من كتاب الأدب، ومسلم في صحيحه: (٢/ ٦٩٧) في باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين من كتاب الزكاة.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٣٦)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٢١٩)، وشرح الخرشي: (٧/ ١٠٢)، والمغني لابن قدامة: (٥/ ٦٤٩).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٢/ ٩٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٢٢)، والفواكه الدواني: (٢/ ٢١٧)، وكشاف القناع: (٤/ ٣٣٠)، والروض المربع: (٢/ ٥٠١) مكتبة الرياض الحديثة.

=

والقبول باللفظ، ويكتفون في الصدقة بالفعل أي بالأخذ، والإعطاء[1] .

ثالثًا: العارية:

العارية في اللغة: مشتقة من عار الشيء: إذا ذهب وجاء، [2] .

و هي في الاصطلاح: تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض[3] .

يملك المستعير العين المستعارة بقبضه بعد إذن المعير، لأنها تكون مباحة بالإذن ويجوز تصرف المستعير فيه بعد القبض كسائر المنافع المباحة[4] .

وقد ذكر أصحاب المجلة مادة تشير إلى هذا المعنى، فقالوا: «المادة: (٨١٢): المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس للمعير أن يطلب من المستعير أجرتها بعد الاستعمال»[5] .

رابعًا: الوصية:

الوصية في اللغة: مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء أوصيه، من باب وعد: وصلته وأوصيت إليه بمال جعلته له.[6] .

وفي الاصطلاح: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع[7] .

خامسًا: الوقف:

الوقف لغة: الحبس يقال: وقفت الدار وقفًا: حبستها في سبيل الله، ومنها المنع، يقال: وقفت الرجل عن الشيء وقفًا، منعته عنه، ومنها السكون يقال: وقفت الدابة تقف وقفًا وقوفًا: سكنت،

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ٤٥٤) .

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٦٩٣)، والشرح الكبير: (١٥/ ٦٣) .

(٣) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٤٤٨)، وابن عابدين: (٤/ ٥٠٢) . و الشرح الصغير: (٣/ ٥٧٠)، والزرقاني: (٦/ ١٢٦).

(٤) انظر: المغني: (٧/ ٣٥٠) .

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية: ص(٤٥٠) .

(٦) انظر: المصباح المنير: ص(٢٥٤)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(١٠٥٥) .

(٧) انظر: تكملة فتح القدير: (٨/ ٤١٦)، والدر المختار ورد المحتار: (٥/ ٤٥٧)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: (٤/ ٥٧٩)، ومغني المحتاج: (٣/ ٣٩-٣٨)، وكشاف القناع: (٤/ ٣٣٦) .

=

ويطلق الوقف أيضًا على الشيء الموقوف تسمية بالمصدر، وجمعه كثوب وأثواب[١] .

وفي الاصطلاح هو حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة[٢] .

و قيل: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود[٣] .

هنا مسألتان مهمتان لهما صلة بأصل القاعدة:

المسالة الأولى: هل يشترط قبض الموقوف لتمام الوقف ولزومه و بالتالي يثبت فيه الملك للموقوف عليه أم لا؟ .

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: لا يشترط القبض لتمام الوقف ولزومه، وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية[٤] والحنابلة[٥] في المذهب و به قال أبو يوسف من الحنفية[٦] .

استدلوا: أن الوقف ليس بتمليك وإنما هو إخراج له عن ملكه إلى الوقف فأشبه الإعتاق[٧] .

القول الثاني: لا يتم الوقف إلا بالقبض كالصدقة التي لا بد فيها من التسليم وهذا مذهب المالكية[٨] ومحمد بن الحسن من الحنفية[٩] وهي رواية عن الإمام أحمد[١٠] .

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(٢٥٦)، ولسان العرب: (٩/ ٣٥٩)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(١٠٦٢) .

(٢) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه: (٣/ ٣٥٨-٣٥٧)، والهداية: (٣/ ١٤-١٣) .

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٧٦) .

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٣٤٢) .

(٥) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٢٥٤)، وشرح المنتهى: (٢/ ٥١٤)، ومعونة أولي النهى: (٥/ ٧٧٧)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٩٣-١٨٧) .

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٤) .

(٧) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٢٥٤) .

(٨) انظر: حاشية الخرشي: (٧/ ٨٤) .

(٩) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٤) .

(١٠) انظر: المغني: (٨/ ١٨٣) .

=

وفقهاء المالكية يعبرون عن القبض بالحوز، قال في حاشــية الخرشي[١]: والحوز أي القبض إما أن يكون حســيًا وذلك يقبض الموقوف عليه للموقوف، وإما أن يكون حكميًا وذلك بتخلية الواقف للموقوف ورفع يده عنه، وذلك في وقف مثل المسجد والقنطرة والبئر وما شابه ذلك[٢] .

أما فقهاء الحنفية فهم على قول الإمام محمد رحمه الله يعبرون عن القبض بالتسـليم وتسـليم كل شيء يكون بما يليق به، ففي المسجد بالإفراز والصلاة فيه وفي المقبرة بدفن واحد فصاعدًا وفي السقاية بشرب واحد وفي الخان بنزول واحد من المارة وهكذا[٣] .

الذي يظهر لي هو القول بعدم اشتراط قبض الموقوف للزوم الوقف وبالتالي حصول الملك به قبل القبض، وذلك أن الوقف إخراج للتقرب إلى الله ســبحانه وتعالى، فإلحاقه بالعتق أولى من غيره والله تعالى أعلم .

و المسألة الثانية: انتقال الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه .

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه .

وهو قول جمهور الفقهاء من ا المالكية[٤] والشــافعية[٥] على القول الراجح والحنابلة في ظاهر المذهب[٦] .

ذكر ابن قدامة أن الإمام أحمد قال فيمن وقف داره على ولد أخيه أنهم يملكونها[٧] .

واستدلوا بما يأتي:

١-أنه ســبب يزيل ملك الواقف، وجد إلى من يصــح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته

(١) حاشية الخرشي: (٧/ ٨٤) .

(٢) انظر: حاشية العدوي: (٧/ ٨٤) مع شرح الخرشي .

(٣) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٤) .

(٤) انظر: حاشية الخرشي: (٧/ ٨٤) .

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٣٤٢) .

(٦) انظر: المغني: (٨/ ١٨٨)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٢٠)، والإنصاف: (٦/ ٤٢٠) .

(٧) انظر: المغني: (٨/ ١٨٨) .

=

فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع[1] .

٢-ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى، ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية[2] .

القول الثاني: لا يملك الموقوف عليه الوقف بل هو ملك لله تعالى وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة[3] وهي رواية عن الإمام أحمد[4] اختارها ابن أبي موسى[5] منهم .

واستدلوا:

بأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله عَزَّ وَجَلَّ كالعتق[6].

الذي يظهر لي هو القول بملكية الانتفاع دون ملكية العين لأن قياس الوقف على العتق أولى من قياسه على البيع والهبة لأن الوقف ليس من المعاوضات المحضة ولأن المقصود منه تحبيس العين وتسبيل المنفعة، والله أعلم بالصواب .

سادسًا: الهبة:

الهبة في اللغة: مصدر محذوف الأول معوّض عنه هاء التأنيث وأصله وهب كالعدة والوعد معناها إعطاء الشيء إلى الغير بلا عوض، سواء كان مالًا أو غير مال، فيقال: وهب له مالًا وهبًا وهبة، القوم.[7] أما الهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة[8] .

الهبة في الإصطلاح: هي تمليك المال بلا عوض في الحال[9] .

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٢١) .

(٢) انظر: المصدر السابق: (١٦/ ٤٢١) .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٤) .

(٤) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٢١-٤٢٠)، والإنصاف: (٦/ ٤٢٠) .

(٥) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤٢١-٤٢٠) .

(٦) انظر: المغني: (٨/ ١٨٨) .

(٧) انظر: المصباح المنير: ص(٢٥٨)، ومختار الصحاح: ص(٧٣٧)، والقاموس المحيط: ص(١٨٢) .

(٨) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ٥) .

(٩) انظر: فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٤٠٩)، وبدائع الصنائع: (٥/ ١١٦) . و تكملة فتح القدير: (٧/ ١١٣)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٣٠)، والبحر الرائق لابن نجيم: (٧/ ٣٠٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٦٦) .

والأصـــل فيها أن الملك يثبت بها بلا عوض، فإذا اشــترط العوض فيها كانت على شرطها، واختلف الفقهاء في مسألة هل يشترط لثبوت الملك في الشيء الموهوب القبض أم لا على قولين:

القول الأول: أن الملك يشترط في ثبوته للموهوب له أن يقبض الشيء الموهوب هذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية(١) والشافعية(٢) والحنابلة في المذهب(٣) .

واستدلوا بأدلة، منها:

١-إجماع الصحابة ﷺ، فإنه مروي عن أبي بكر وعمر {، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالفًا(٤).

٢-حديث عائشــة <، أن أبا بكر ﷺ نحلها جذاذ عشرـين وسـقًا من ماله بالغابة، فلما مرض قال: يا بنية، ما أحد أحب إلى غني منك بعدي، ولا أحد أعز عليّ فقرًا منك، وكنت نحلتك جذاذ ع شرين و سقًا، وودت أنك حزتيه أو قب ضتيه، وهو اليوم مال الوارث، أخواك وأختاك، فاقت سموا على كتاب الله ﷻ(٥) .

٣-حديث عمر بن الخطاب، أنه قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم ثم يمســكونها، فإذا مات أحدهم قال: مالي وفي يدي، فإذا مات هو قال: قد كنت نحلته ولدي، ولا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه(٦) .

القول الثاني: أن الملك يثبت بمجرد العقد (الإيجاب والقبول) وهذا القول ذهب إليه المالكية(٧)، وهي رواية عن الإمام أحمد في غير المكيلان والموزونات والمعدودات(٨)، وبه قال أبو ثور(٩) .

---

(١) انظر: فتح باب العناية بشرح النقاية: (٢/ ٤١١)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١١٥)، والفتاوى الهندية: (٤/ ٣٧٤) .

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٩٨) وما بعدها، وروضة الطالبين: (٥/ ٣٧٥) .

(٣) انظر: المقنع: (١٧/ ١٤)، والشرح الكبير: (١٧/ ١٤)، والإنصاف: (١٧/ ١٤) .

(٤) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ٧٥) .

(٥) الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٧٥٢) في باب ما لا يجوز من النحل من كتاب الأقضية .

(٦) الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٧٥٣)، في باب ما لا يجوز من النحل من كتاب الأقضية .

(٧) انظر: التاج والإكليل: (٦/ ٤٩)، ومواهب الجليل: (٦/ ٤٩)، والتلقين: ص(٥٥٠) .

(٨) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٧)، والإنصاف: (١٧/ ١٧) .

(٩) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٤) .

=

فالقبض عند المالكية أثر من آثار العقد يلزم الواجب تنفيذه وذلك بتسهيل إقباض الموهوب له، وما على الموهوب له إلا أن يسرع في حيازة الشيء الموهوب ولا يفرط فيه .

قال في مواهب الجليل: «يجبر الموهوب له على الحوز، وهذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول (بالعقد)، قال ابن عرفة: لزوم العطية بعقدها»[١] .

واستدلوا بأدلة، منها:

١-لعموم قوله #: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»[٢] .

٢-ولأنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق[٣] .

٣-ولأنه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف[٤] .

الذي يظهر لي هو القول باشتراط القبض في لزوم الهبة،

وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأنه مما عرف فيه عمل الصحابة ﭫ[٥]، والله أعلم بالصواب .

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة :

سبقت الإشارة إلى أن القاعدة المذكورة أهم ما يضبط ملكية الصلات والعطايا وهو يبين ركنا من أركان ثبوت الملكية في عقود التبرعات مثل الهبة والهدية والصدقة والصلة والعطية، وكل ما كان متبرعاً به وهو أنه لا يتم ملك الشيء الموهوب أو المهدى أو الصدقة أو الصلة من الموهوب له أو المهدى إليه أو المتبرع به إليه إلا بقبض الشيء المتبرع به، وإذا لم يقبضه فلا يتم الملك فيه، وهو ما زال على ملك الواهب، أوالمهدى أو المتبرع.

والقاعدة بمفهومها ومدلولها تنص على أن القبض شرط من شروط ملكية الصلات والتبرعات وأنها لا تثبت الملكية منها قبل قبضها. وبناء على هذا لا يجوز لمستحق الصلة أن يتصرف فيها قبل

(١) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ٥٤) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري: (٣/ ٢٠٧، ٢١٥) في باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها وباب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته من كتاب الهبات، ومسلم: (٣/ ١٢٤٠، ١٢٤١) في باب تحريم الرجوع في الصدقة من كتاب الهبات، وكلاهما من حديث عمر ﭬ .

(٣) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٥) .

(٤) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٥) .

(٥) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٦) .

قبضها.

ويفهم من مدلول القاعدة أيضاً- أن ملكية غير الصلات من المعاوضات المحضة والاستحقاقات قد تملك قبل القبض وبمجرد وقوع العقد عليها، ويختلف حكم الصلات عنها لكونها من باب التبرعات ولأنها تمليك شيء بلا عوض فيتمكن المملك من الرجوع فيه قبل القبض.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المهمة المتعلقة بثبوت الملكية كما مضى ذكرها، وهي قاعدة عامة تشمل جميع أنواع التبرعات من الهبات والعطايا والصدقات والهدايا وغيرها.

وقد اختلف العلماء في اشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له على قولين:

القول الأول: وهو أنه يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب، وأن الهبة لا يملكها الموهوب إلا بقبضها، وهذا القول ذهب إليه الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، واشترط الشافعية إذن الواهب في القبض .

القول الثاني: وهو أنه لا يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب بل تثبت له بالعقد. وعلى الواهب إقباضه وفاء بالعقد لقوله تعالى: ﴿ڑ ک ک﴾ .[4]

وهذا قول المالكية، حتى أنهم نصوا على إجبار الواهب على تسليم الموهوب إن امتنع.[5]

وبناء على هذه المسألة اختلفوا في اعتبار القاعدة وصحتها.

فالجمهور على أنها صحيحة معتبرة وأنها من الأصول التي استقر العمل عليها لديهم.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تطبق على هذه القاعدة مسائل فرعية كثيرة منها:

١ -لو تصدق رجل على فقير بمبلغ من المال ولم يسلمه له، لا تلزم الصدقة، لكن إذا سلمه له أو

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار (٨/ ٤٢٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٥٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٣٧٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٠٠)، والأم (٣/ ٢٧٤).

(٣) انظر: المحرر لمجد الدين ابن تيمية (١/ ٣٧٤)، والقواعد لابن رجب (ص٧١).

(٤) الآية ١ من سورة المائدة.

(٥) انظر: الشرح الكبير (٤/ ١٠١).

خلّى بينه وبينها بحيث لا يوجد مانع من القبض صحت ؛ لأن التخلية في معنى تسليم.

٢-**ومنها**: إذا أعطى رجل آخر شيئاً في سبيل الله وقال له: إذا بلغت مكان كذا فشأنك به، قالوا: هو تمليك فله أن يتصرف به كما شاء قبل أن يبلغ المكان المحدد.(١)

٣-**ومنها**: لو قدم طعاماً لرجل وقال له: شأنك به فإنه لا يملكه إلا بعد قبضه.(٢)

٤- **ومنها**: مسألة الضيافة، لا يملك الضيف إلا بعد أكله.

٥-**و منها**: ثبوت مليكة الموصى به للموصى له:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الموصى له المعين لا يملك الموصى به إلا بالقبول بعد موت الموصي، فإذا قبل بعد موت الموصي ثبت الملك له من حين القبول .

وأما إن كانت الوصية لغير معينٍ كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت وهذا مذهب الحنابلة(٣)، والمالكية في قولٍ(٤) والشافعية في قول(٥) .

وعللوا الأول بأنها تمليك مالٍ لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قوله كالهبة والبيع، قال أحمد: الهبة والوصية واحد(٦) .

وعللوا القول بعدم القبول من غير المعين بأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيكتفي بقبوله(٧) .

ويترتب على هذا القول أن النماء المنفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب يكون للورثة .

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٢٦)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٨٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٦)، وفتح العزيز (٩/ ٣٩١).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٨)، ومطالب أولي النهى: (٤/ ٤٤٩)، والإنصاف: (٧/ ٢٠٢) وما بعدها .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي والشرح الكبير: (٤/ ٤٢٤)، وشرح الخرشي: (٨/ ١٦٩) .

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٤) .

(٦) المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٨) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٨) .

القول الثاني: إن الموصىٰ له إذا قبل الوصية يملك الموصىٰ به من بعد موت الموصي وهذا مذهب الحنفية(١) والمالكية في الراجح(٢)، وهو قول عند الشافعية(٣) .

واستدلوا بأن ما وجب انتقاله بالقبول، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب(٤).

ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لقوله تعالىٰ: ﴿ ئائەئەئو ئوئۇئۇئۆ ﴾(٥) .

القول الثالث: إن ثبوت الملك في الموصىٰ به يكون موقوفًا علىٰ قبول الموصىٰ له الو صية أو ردها، فإن قبل الموصىٰ له بَان أنه ملك الوصـــية بالموت وإن لم يقبلها بَان أنها للوارث ولو رد الموصىٰ له الوصية بعد موت الموصي فعلىٰ هذا القول له الثمرة، وعليه النفقة .

وهذا قول الشافعية في الأظهر(٦)، وهو قول للمالكية(٧) .

الذي يظهر لي أن الوصـــية بالمال تتم وتتحقق بالإيجاب المضـــاف إلىٰ وقت الموت، ويترتب عليها أثرها بمجرد وفاة الموصي مصرًــا عليها، وأن القبول ليس ركنًا لها، ولا شرطًا في إفادتها الملك، لأنها تبرع صـــادر من الموصي في خالص حقه ولا يمس حق غيره، فكان تامًا من ناحيته وإن جاز له الرجوع عنها ما دام حيًا علىٰ أن يكون للموصي له حق الرد حتىٰ لا يلزم بالتملك من غير رضاه .

ولأ نه علق إخراج ملكه بالموت، فلما مات علم أ نه خرج من ملكه جبرًا عليه والله أعلم بالصواب .

٦- **ومنها**: الموقوف هل يملكه الموقوف عليه قبل القبض أم لا؟

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط القبض لتمام الوقف علىٰ ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه، ولا يشترط فيه القبض،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٣٣٧)، وحاشية الشلبي: (٦/ ١٨٤) .

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٤٢٤)، والشرح الصغير: (٤/ ٥٨٦) .

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٤)، وهو وجه عند الحنابلة ذكره أبو الخطاب المغني: (٨/ ٤١٩) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٩) .

(٥) الآية: (١١) من سورة النساء .

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٤)، والمهذب: (١/ ٤٥٩)، وحاشية البجيري: (٣/ ٢٤٨) .

(٧) انظر: التاج والإكليل: (٦/ ٣٦٦) .

وهذا قول الشافعية في المذهب[1]، والحنابلة في الصحيح من المذهب[2]، وقول الإمام أبي يوسف.[3]

القول الثاني: أنه يشترط القبض في الجملة لتمام الوقف وزوال ملكية الوقف عن الواقف، وهذا القول للمالكية[4]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[5]، ورواية لأحمد.[6]

القول الثالث: إن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف حقيقة، ولا يزول ملكه إلا بحكم الحاكم أو يعلقه بموته وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.[7]

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٨٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٦٠٠)، والكافي (٢/ ٤٥٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ٣٥).

(٤) انظر: القوانين الفقهية (ص٣٦٤-٣٦٥).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٦٤)، والمبسوط (١٢/ ٣٥).

(٦) انظر: المغني (٥/ ٦٠٠)، والكافي (٢/ ٤٥٥).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٥٧)، والهداية مع فتح القدير (٥/ ٤٤٧،٤١٨).

المبحث السابع: قاعدة: لا يثبت الملك بالشبهة

هذه القاعدة تتعلق بثبوت الملك بالشبهات، وهي قاعدة مهمة في موضوعها، ولاشتمالها علىٰ أثر الشبهات في ثبوت الملك وعدمه تحتل مكانة و لها دور فعال في باب الملكية.

ولما كانت الشبهات في باب العبادات لاغية لا اعتبار لها استصحاباً للأصل اليقين، ودارئة للحدود والقصاص في باب العقوبات فلابد أن يتعرف مدىٰ أثرها في باب المعاملات، ولاسيما في ثبوت الملكية عند وجودها والقاعدة التي نحن بصددها تلقي الضوء علىٰ هذا المضمون ومن هنا يظهر لنا أهمية القاعدة.

دراسة القاعدة تتكون من النقاط التالية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الإمام الشافعي في الأم[1]، حيث قال فيمن يقع علىٰ جارية من المغنم: «إنا ندرأ الحد بالشبهة، ولا نثبت الملك بالشبهة»،

وهناك ألفاظ أخرىٰ تؤدي إلىٰ مضمون القاعدة منها:

«الملك لا يحتاط في إثباته، ولا يثبت بالشبهة»[2]، وبلفظ: «لا تمنح الحقوق بالظنون ولا تملك بها»[3]، وكذلك: «لا يثبت الحكم بالشك»[4].

و القاعدة عند فقهاء الحنفية جاءت علىٰ خلاف الأصل المذكور. وقد جاء في المبسوط بلفظ[5]: «المال يثبت مع الشبهات» وبلفظ آخر: «الضمان يثبت مع الشبهات»[6].

و بلفظ: : «والحد لا يجب بقذف غير المحصن مع أن الحدود تندرئ بالشبهات، والحرية تثبت

---

(١) كتاب الأم: (٤/ ٢٨٦).

(٢) شرح الزيادات: (٤/ ٢٧٢).

(٣) كتاب الأم للشافعي: (٤/ ٧٠).

(٤) المغني لابن قدامة: (١٤/ ٣٧٣)، و(١١/ ٤٥٣).

(٥) انظر: المبسوط: (٩/ ١٠٦)، (٩/ ١٩١)، (١٩/ ١٠٧).

(٦) المبسوط: (١٨/ ١٧٣).

=

مع الشبهة، وكذلك الميراث فإنه يثبت مع الشبهات»[١].

و كذلك أصل قاعدة: «غير الثابت لا يثبت بالاحتمال، والثابت لا يزول بالاحتمال»[٢]. يفيد هذا المعنى أيضاً.

هذه الألفاظ وغيرها من عبارات الفقهاء تشهد لأصل القاعدة ووضعها.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-معنى الشبهة لغة واصطلاحاً:

١-معنى الشبهة لغة:

الشبهة في اللغة: الالتباس[٣]، وهو من أ شبه الشيء الشيء، أي ماثله في صفاته[٤]، أو اسم من اشتبه الأمر عليه[٥]، أي اختلط، والتبس، ويقال: اشتبهت الأمور، وتشابهت أي: التبست فلم تتميز، ولم تظهر، ومنه: الشبه، والشبه، والشبيه بمعنى: المثل، والجمع فيها شبه، وشبهات.

٢-معنى الشبهة اصطلاحاً:

ذكر الفقهاء للشبهة تعريفات كثيرة من أشهرها:

١-عرفها الجرجاني بأنها: ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً[٦].

٢-وقال السيوطي: الشبهة ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة[٧].

٣-و قال ابن الهمام: الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه[٨]، أو وجود صورة الثابت، وليس بثابت .

---

(١) المبسوط للسرخسي: (٧/ ٢٠٩).

(٢) القواعد والضوابط المستخلصة: ص (٤٨٢).

(٣) انظر: المعجم الوسيط: (١/ ٤٧١)، والقاموس المحيط: ص (١٦١٠)، والمصباح المنير: ص (١١٥)، مكتبة لبنان، ولسان العرب: (١٣/ ٥٠٤).

(٤) انظر: المعجم الوسيط: (١/ ٤٧١).

(٥) انظر: لسان العرب: (١٣/ ٥٠٤) وما بعدها .

(٦) التعريفات للجرجاني: ص (١١٠).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (١٢٢).

(٨) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٣٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٢٧)، والبحر الرائق: (٥/ ١١)، والتعريفات =

ومعنى التعريف أنها تشبه الثابت من حيث أثره في ثبوت الملك، ولا تشبهه في نفي الملك.

٤-وقيل: هو التردد بين الحلال والحرام[١].

٥-وقيل: ما اشتبه حكمه بالاختلاف في إباحته[٢].

٦-وقيل: ما التبس أمره، فلا يدرى أحلال هو أم حرام، وأحق هو أم باطل[٣].

ويفهم من هذا أن الشبه إنما تقوم في حق من اشتبه عليه الأمر، والتبس وليس في حق من لم يشتبه عليه.

الذي يظهر لي هو التعريف الأخير، وذلك لكونه جامعاً، و لاشتماله على سائر الشبهات. والله تعالى أعلم بالصواب.

ب-أقسام الشبهات:

أولاً: أقسام الشبهات عند الحنفية:

قسم بعض فقهاء الحنفية الشبهة إلى قسمين[٤]، وبعضهم إلى ثلاثة أقسام، والسبب في ذلك وجود الخلاف في اعتبار القسم الثالث بين أبي حنيفة وصاحبيه، ولذلك ذكر ابن نجيم الحنفي القسم الثالث بقوله: وهنا شبهة ثالثة عند أبي حنيفة، وهي شبهة العقد[٥].

وعلى هذا الضوء يمكن لنا أن نقول: إن الشبهات عندهم ثلاثة أقسام[٦]:

القسم الأول: شبهة في الفعل:

وتسمى شبهة الاشتباه، وهذه الشبهة تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل، والحرمة فظن غير

الفقهية: ص (٣٣٣)، والكليات للكفوي: ص (٥٣٩)، وبدائع الصنائع: (٧/ ٣٩)، والدر المختار: (٤/ ١٨).

(١) حدود الألفاظ المتداولة في أصول الفقه والدين: ص (٣٤٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (١٣/ ٢١٩).

(٣) المعجم الوسيط: (١/ ٤٧١).

(٤) مثل ابن الهمام: (٥/ ٢٣٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٢٨).

(٦) انظر: هذه الأقسام كلها مفصلة في الاشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٢٧)، وفتح القدير: (٥/ ٢٣٧)، والدر المختار مع رد المحتار عليه: (٤/ ١٨) وما بعدها.

=

الدليل دليلاً، فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلاً، وعلى هذا لو قال: علمت أنه حرام عليّ، فإنه لا شبهة فيه، وشبهة الفعل عند الحنفية ذكروا ذلك في ثمانية مواضع، وهي: أن يطأ جارية أبيه أو أمه، وكذا جده، أو جدته، وإن علياً، وجارية زوجته، وأن يطأ المطلقة ثلاثاً في العدة، أو بائناً بالطلاق على مال، وهي في العدة، وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال، فهي من الحكمية أو أم ولده التي أعتقها، وهي في عدته، والعبد يطأ جارية مولاه، والمرتهن يطأ المرهونة في أصح الروايتين، والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن.[١].

القسم الثاني: شبهة في المحل:

وتسمى شبهة حكمية، وسيمت حكمية؛ لأن حل المحل ثبت بحكم الشرع أو شبهة حكم الشرع بحل المحل؛ لأن نفس حكم الشرع ومحله لم يثبت، وإنما الثابت شبهته لكون دليل الحل عارضه مانع.

وتسمى هذه الشبهة شبهة الملك أيضاً[٢]، لأن الشبهة واردة على كون المحل مملوكاً، وهذا الشبهة تتحقق -عند الحنفية- بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده.

والفرق بين شبهة الاشتباه، وشبهة الملك: أن الشبهة في شبهة الملك جاءت من دليل حل المحل، فلا حاجة فيه إلى ظن الحل بخلاف شبهة الاشتباه، فإنها جاءت عن اعتقاد الشخص وظنه، وعلى هذا النسب يثبت في شبهة المحل إذا ادعى الولد، ولا يثبت في شبهة الفعل، وإن ادعاه؛ لأن الفعل تمحض زنا في شبهة الا شتباه، وإن سقط الحد لأمر راجع إليه، وهو ا شتباه الأمر عليه، ولم يتمحض الفعل زنا في شبهة الملك[٣].

القسم الثالث: وهي شبهة العقد:

وهو ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة[٤].

قال ابن الهمام: «ثم شبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد، وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به،

---

(١) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٣٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٢٧).

(٢) انظر: العناية مع فتح القدير: (٥/ ٢٣٨-٢٣٧).

(٣) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٣٧).

(٤) التعريفات الفقهية: (ص٣٣٣).

=

وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه»[1].

ومثلوا لها بمن وطئ محرماً عليه نكاحها بعقد، وإن كان عالماً بالحرمة، إذن فلا حد على من وطئ امرأة تزوجها بغير شهود، أو بغير إذن مولاها، وهي أمة مجوسية، أو خمساً في عقد أو جمع بين أختين بوطء[2].

واعتبر هذه الشبهة بعض الشافعية كالماوردي، إلا أنه عرفها بتعريف خاص، فقال: «وأما شبهة العقد فهو ما احتمله الاجتهاد من العقود الفاسدة كنكاح المتعة والشغار، والنكاح بغير ولي ولا شهود، فهذه وما جانسه من شبهة العقود المانع من حد الزنا، والموجب للحوق الولد»[3].

ثانياً: أقسام الشبهات عند المالكية:

قسم فقهاء المالكية الشبهات إلى ثلاثة أقسام[4] أيضًا وهي:

الأول: الشبهة في الوطء كاعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته، أو مملوكته أو نحو ذلك، فالاعتقاد الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي ـ عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة.

وهذه الشبهة تعم الحدود والكفارات.

الثاني: الشبهة في الموطوءة كالأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة.

الثالث: الشبهة في الطريق كاختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة وغيره، فإن قول المحرم يقتضي الحد، وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة.

ثالثاً: أقسام الشبهات عند الشافعية:

قسم فقهاء الشافعية الشبهة إلى ثلاثة أقسام[5]، وهي:

---

(١) انظر: فتح القدير مع الهداية: (٥/ ٢٤١-٢٤٠).

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٤١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص (١٢٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٢١٧).

(٤) انظر: هذه الأقسام مع أمثلتها في الفروق: (٤/ ١٧٢)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٢٠٢).

(٥) انظر: هذه الأقسام في الحاوي: (١٣/ ٢١٩-٢١٧)، وفتح العزيز: (١١/ ١٤٧).

القسم الأول: شبهة في المحل:

وهو بأن يكون المحل مملوكاً له كما لو وطئ جاريته المحرمة عليه، وكالأمة المشتركة، والمكاتبة، وأمة ولده.

القسم الثاني: شبهة في الفاعل:

وذلك بأن يجد امرأة على فراشه، فيطأها على ظن أنها زوجته أو أمته.

القسم الثالث: شبهة الطريق والجهة: وتسمى شبهة اختلاف الفقهاء.

وهي الشبهة الناشئة عن اختلاف الفقهاء بأن يكون أحد المجتهدين، قال بالحل، قالوا: كل جهة صححها بعض العلماء، وحكم بحل الوطء بها، فالظاهر أن لا حد على الواطئ بتلك الجهة، وإن كان لا يعتقد الحل، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود، كمذهب مالك، وفي نكاح المتعة[1]، وكل نكاح مختلف فيه، وشرب الخمر للتداوي[2].

ويحتمل أن يكون هذا القسم داخلاً في القسم الثالث، وهو شبهة العقد عند الحنفية، والله تعالى أعلم بالصواب.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن إثبات الملك وزواله لا يتم إلا بدليل وحجة واضحة، ولا يمكن إثبات الملك أو إزالته بمجرد الاحتمال والشبهة.

ومن هنا يظهر أثر الشبهة في ثبوت الملك، فإنها تمنع ثبوت الملك كما أنها تدرأ العقوبات.

والقاعدة تفيد أيضاً أن ثبوت الملكية في الأموال لابد من سبب يفيد ذلك ولا تثبت الملكية بمجرد الدعاوي والظنون ولكن القاعدة بهذا المفهوم والمضمون اختلف فيها الفقهاء وسيأتي بيان ذلك.

والقاعدة بمضمونها العام تفيد أيضاً أن الأصل في الأموال أن تضاف إلى أصحابها من حيث ملكيتها، وهذا الأصل بمنزلة اليقين ولا يزول إلا بيقين آخر وهو السبب الموجب لانتقال الملك، وهو لا يزول بالشك ولا يثبت ملك الآخر باحتمال الملك وبدعواه.

---

(١) انظر: فتح العزيز: (١١/ ١٤٧)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٢١٩-٢١٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (١٢٣).

وعلى هذا إذا لم يثبت ملك لشـخص بعينه في شيء ما فلا يجوز إثبات ملكيته لهذا الشيء لمجرد احتمال أنه ربما يكون ملكه، لأن ما كان ثابتاً بيقين لا يزول إلا بيقين مثله.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة تتعلق بالشبهات، وهي قاعدة مهمة في هذا الباب.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها على قولين:

القول الأول: إنه يثبت الملك بالشبهات ولا يحتاط في إثباته، وهذا مذهب الحنفية[1]، والحنابلة[2]، وهو قول للشافعية[3].

وذلك لأن المال يثبت بالشبهة فكذلك الملك.

قال في المبسوط[4]: "أن هذه الحقوق تثبت مع الشبهات، فيجوز القضاء فيها بالنكول كالأموال، وهذا لأن النكول قائم مقام الإقرار، ولكن فيه نوع شبهة؛ لأنه سكوت، والسكوت محتمل فإنما يثبت به ما يثبت مع الشبهات".

القول الثاني: أنه لا يثبت الملك مع الشبهات وهو مذهب الشافعية[5]، واختاره المزني منهم.

ولم أقف في المسألة على أدلة توضح أبعادها وأطرافها.

والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت القاعدة فروع فقهية متعددة أذكر هنا شيئاً منها:

١- لو أخذ أحد شيئاً من المغنم قبل القسمة فلا يثبت له الملك فيه

٢- ومنها: المضارب لا يملك شيئاً من الربح قبل ظهوره [6]

سادساً: المسائل المستثناة من هذه القاعدة:

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٣٣)، (٧/ ٤٥)، (٩/ ١٩١،١٠٦)، والهداية (٣/ ١٣٤،١١٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ١٥٧).

(٣) انظر: الوسيط للغزالي (٥/ ١٨٥).

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٥).

(٥) انظر: الأم (٤/ ٧٠)، (٤/ ٢٨٦)، والوسيط (٦/ ٢٦٣)، (٥/ ١٨٧)، وحاشية البجيرمي (٢/ ٢٦٧).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٧٢).

١-لو وطئ الوالد جارية ولده فإنه يحكم بملك الأب في الجارية، فتصير مستولدة إذا أحبلها وذلك لأن الحكم بحرية الولد لا معنىٰ له إلا إذا نقل الملك إليه رعاية لحرمة الأبوة.(١)

٢-**ومنها**: هل الحمل يرث مورثه مع شبهة حياته أم لا؟

٣-**ومنها**: الجنين يملك ديته غرة مع شبهة حياته إذا سقط من الضربة.(٢)

٤-**ومنها**: يثبت المال بشهادة النساء مع كونها ذات شبهة.

٥-**ومنها**: ملك المرتد يثبت له مع شبهة عصمته، ولا يزول ملكيته عن أمواله، وإنما ملكه باق له وفي المسألة خلاف وتفصيل وبيانها في قاعدتها.(٣)

---

(١) انظر: الوسيط (٥/ ١٨٧).

(٢) انظر: تفصيل المسألة في المغني (١٢/ ٦٢).

(٣) انظر: المبسوط (١٠/ ١٠١)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٣٦)، والشرح الكبير للدردير (٤/ ٣٠٥ وما بعدها)، ومغني المحتاج (٤/ ١٤٢ وما بعدها)، وغاية المنتهى (٣/ ٣٦١).

المبحث الثامن : قاعدة المجهول لا يصح تملكه

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بأحكام الملكية، وهي تعالج أحكام ملكية المجهول ومدىٰ صحة تملكه، كما أنها تتضمن أحكام بيع المجهول عند الفقهاء. والشريعة الإسلامية عندما و ضعت قيوداً و ضوابط لصالح المعاملات البشرية راعت فيها سد جميع الذرائع والأسباب المؤدية إلىٰ المنازعة والخصومة وأكل أموال الناس بالباطل، ومن هنا منعت الشريعة من كل جهالة تفضي إلىٰ المنازعة وجعلها مفسدة للعقود المالية، ولاشتمال القاعدة علىٰ هذا المضمون اكتسبت أهمية بالغة جداً.

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

القاعدة بهذا اللفظ وردت في الحاوي الكبير[1] و«موسوعة القواعد الفقهية للندوي»[2] . قال الماوردي[3]: «إذا ملك معدناً في أرض أحياها أو ا شتراها فظهر فيها ثم إن رجلا عمل فيه فأخرج منه قطعاً، فلا يخلو أن يكون عمل بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذنه فهو معتد بذلك، ولا أجرة له وما أخرجه فلصاحبه، وإن كان ذلك بإذنه فلا يخلو من أن يأذن له علىٰ أن يخرجه العامل لنفسه أوله،فإن أذن له علىٰ أن يخرجه له، فما يخرجه يكون له، وأما إذا أذن له علىٰ أن ما يخرجه العامل فلنفسه دونه، فإن ذلك لا يصح، لأنها هبة مجهولة، والمجهول لا يصح تملكه، وكل ما يخرجه فإنه يرده علىٰ صاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبة بعد الإخراج ويقبضه إياه ولا أجرة للعامل، لأنه عمل لنفسه، وإنما تثبت له الأجرة إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة» وهناك ألفاظ أخرىٰ متقاربة تؤدي مضمون القاعدة : منها: (**المجهول لا يصح عوضاً في البيع**)[4] .

وكذلك وردت بلفظ: «المجهول كالمعدوم في الشريعة»[5] وبلفظ : «المجهول لا يجوز تمليكه

---

(١) انظر : الحاوي الكبير: (٧/ ٥٠٥).

(٢) انظر : موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٤٣).

(٣) انظر : الحاوي الكبير: (٧/ ٥٠٥).

(٤) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١١٤).

(٥) مجموع فتاوىٰ ابن تيمية (٢٩/ ٢٦٧-٢٦٢)، (٣١/ ٣٥٦).

بشيء من العقود قصراً»[١]. وبلفظ : البيع في المجهول لا يصح أبداً[٢] .

وهناك عبارات من الفقهاء تدل على أصل القاعدة ووضعها[٣] .

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- معنى الجهالة لغة واصطلاحاً ، والمقصود بالمجهول .

الجهالة لغة : من جهلت الشيء خلاف علمته ومثلها الجهل، والجهالة أن تفعل فعلاً بغير علم[٤] وتدور حول عدة معان هي :

١-خلاف العلم، وعدم العلم والمعرفة، والجهل ضد الخبرة، وجهل الشيء لم يعرفه، والمجهول غير المعلوم، وهو اسم المفعول[٥] .

٢-الخفة والسفه وخلاف الطمأنينة[٦] .

٣-اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه، وفعل الشيء بخلاف ما حقه أن يفعل[٧] .

٤-الإضاعة، فجهل الحق : أضاعه[٨] والإضاعة فيها معنى عدم العلم بمكان الشيء .

الجهالة اصطلاحًا:

الجهل: هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه، أو وهو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع[٩] .

ويستخدم الجهل في حالة ما إذا وصف به إنسان، والجهالة في حالة ما إذا وصف بها العقد، وإن

---

(١) انظر : المبسوط: (١٢/ ٧٤).

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي: (١٢/ ١٣).

(٣) انظر : المبسوط: (١٣/ ٥٥١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٦) والاعتناء في الفرق والاستثناء: (١/ ٤٤٠).

(٤) انظر : لسان العرب: (٢/ ٤٠٢)، والمصباح المنير: (١/ ١٥٦) ومعجم مقاييس اللغة: ص (٢٢٨)، ومفردات الفاظ القرآن: ص (٢٠٩) والهادي: (١/ ٣٨٢).

(٥) انظر: المراجع السابقة .

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص (٢٢٨)، وأساس البلاغة: ص (٦٨) والهادي: ص (٣٨٣).

(٧) انظر : مفردات ألفاظ القرآن: ص(٢٠٩).

(٨) انظر : المصباح المنير: (١/ ١٥٦) والهادي: (١/ ٣٨٢).

(٩) انظر : الكليات :(٢/ ١٦٨-١٦٧) والتفريعات للجرجاني: (١/ ٨٥-٨٤).

=

كان الإنسان متصفاً بالجهالة.[١]

والمجهول: هو ما علم حصوله، وجهلت صفته[٢] والمقصود بالمجهول هنا هو ما لم يكن معلوماً سواء كان مجهول العين أو مجهول الوصف.

ب- مراتب الجهالة:[٣]

الأولى: الجهالة الفاحشة:

وهي التي تفضي إلى النزاع وهي تمنع صحة العقد، ومن شرط صحة العقد أن يكون المعقود عليه معلوما علماً يمنع من المنازعة.

ومن الجهالة الفاحشة بيوع الغرر التي نهى عنها رسول الله ﷺ كبيع حبل الحبلة، وبيع الملامسة، والمنابذة، والحصاة، وبيع المضامين[٤] والملاقيح، فهذه ونحوها بيوع جاهلية متفق على تحريمها، وهي محرمة لكثرة الغرر والجهالة الفاحشة فيها[٥].

الثانية: الجهالة اليسيرة:

وهي الجهالة التي لا تؤدي إلى المنازعة، وهي جائزة اتفاقاً وتصح معها العقود وذلك كأساس الدار وحشوة الجبة ونحو ذلك[٦].

الثالثة: الجهالة المتوسطة:

وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة[٧].

وقد اختلف فيها الفقهاء هل تلحق بالمرتبة الأولى أو الثانية؟

وسبب اختلافهم فيها أنها لارتفاعها عن الجهالة اليسيرة ألحقت بالجهالة الفاحشة ولانحطاطها عن الكثيرة ألحقت باليسيرة. ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر والجهالة بيوع

---

(١) انظر: الكليات: (٢/ ١٦٨-١٦٧) والتفريعات للجرجاني: (١/ ٨٥-٨٤).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية: (١٦/ ١٦٩).

(٣) انظر: الكليات: (٢/ ١٦٨-١٦٧) والتفريعات للجرجاني: (١/ ٨٥-٨٤).

(٤) انظر: المضامين: ما في أصلاب الفحول انظر: غريب الحديث: (١/ ٢٠٨-٢٠٧) و المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٩٩).

(٥) انظر: الفروق: (٣/ ٣٣٣)، وتهذيب الفروق والقواعد السنية: (٣/ ٤٣٣).

(٦) انظر: تهذيب الفروق والقواعد السنية: (٣/ ٤٣٣).

(٧) انظر: الفروق: (٣/ ٢٢٤).

=

منصوص على تحريمها شرعاً، منطوق بها، وبيوع مسكوت عنها،والمنطوق به أكثره متفق على تحريمه، وبعضه اختلفوا فيه(١) . ومنه ما جاء عن بيع السنبل حتى يبيض(٢) ونهيه عن بيع العنب حتى يسود .

ج- صور الجهالة في الأملاك :

ذكر الفقهاء صوراً متعددة لجهالة الأملاك وهي على التفصيل المذيل:

١-جهالة الوجود : أي الجهل بوجود المعقود عليه(٣): وصور ذلك أن يبيع التاجر سلعة، ولا يعلم أنها موجودة عنده في محله التجاري .

٢-جهالة الحصول: أي الجهل من جهة الحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء(٤) . وصور ذلك أن يبيع التاجر شاه شاردة يتعذر قبضها، ولا يعلم أنه سيقبضها أم لا؟

٣-جهالة التعيين : أي الجهالة في تعيين المعقود عليه(٥) . وصورة ذلك أن يبيعه قميصاً من مجموعة مختلفة من القمصان، فلا يعرف عين ما وقع عليه البيع منها.

٤-جهالة البقاء : أي لا يعرف أنها ستبقى أم لا؟ كالثمار قبل بدو صلاحها.(٦) و صورة ذلك أن يبيعه المشمش في أول بروزه قبل أن يزهو ويحمر ويصفر ويقرب من النضج، وفي هذه الحالة لا يدري أن هذا الثمر سيبقى حتى ينضج أم لا؟

٥- جهالة الجنس: كسلعة لم يسمها(٧) .

و صورة ذلك أن يبيعه سلعة أي شيء من الأ شياء بثمن معين دون أن يذكر أنها من الحيوانات أم النباتات أم السيارات أم الحجارة أم الأقمشة ونحوها.

---

(١) انظر : الفروق: (٣/ ٢٦٥)، وتهذيب الفروق: (٣/ ٢٧٢-٢٧٠).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٢٧) في باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من كتاب البيوع، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٣٦) في باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها من أبواب البيوع، والنسائي في السنن المجتبى: (٧/ ٢٣٨) في باب بيع السنبل حتى يبيض من كتاب البيوع، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ٥). قال الترمذي: حديث حسن صحيح. انظر: تحفة الأحوذي: (٥/ ٣٣٢) .

(٣) انظر : الفروق للقرافي: (٣/ ٤٣٢).

(٤) انظر : المرجع السابق: (٣/ ٤٣٢).

(٥) انظر : المرجع السابق: (٣/ ٤٣٣)، والحاوي الكبير للماوردي: (٦/ ٤١٤).

(٦) انظر : الفروق للفراقي: (٣/ ٤٣٤).

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي: (٣/ ٧)، والحاوي الكبير: (٦/ ٢٤)، والفروق: (٣/ ٤٣٢).

=

٦-جهالة النوع[1]: وصورة ذلك أن يبيعه سيارة لم يسم نوعها، كسيارة (تيوتا) أو (مرسيديز) أو (هوندا) أو نحوها.

٧- جهالة القدر : كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة.[2] و صورة ذلك أن يبيعه كمية من القمح بألف ريال سعودي دون أن يبين وزنها أو كيلها أو نحوه.

٨-جهالة الصفة[3]:

و صورة ذلك أن يبيعه سيارة من نوع (تيوتا) دون أن يبين موا صفاتها من حيث سنة الصنع، والقوة، واللون، والعجلات ونحوها من الأوصاف الكثيرة جداً التي تتصف بها السيارات في زماننا الذي نعيش فيه، والتي أصبحت ذات قيمة مادية عند الناس.

٩-جهالة الثمن : فجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد[4] . وصورة ذلك أن يبيعه طاولة خشبية بمواصفات معنية بمبلغ من النقود، دون أن يحدد مقدار الثمن أو نوعه.

١٠-جهالة الأجل[5]:

و صورة ذلك أن يبيعه غرفة نوم إلى زمن، دون أن يحدد هذه المدة التي سيؤخر دفع الثمن إليها، فهو لا يعرف هذه المدة ولم يحددها.

هذه الصور كلها تؤثر في العقود من حيث صحتها و فسادها.

د-معنى التملك في اللغة، والمقصود به:

التملك في اللغة : مصدر تملك ويأتي مطاوعاً لملّك . وثلاثية ملك. يقال: «ملك الشيء إذا احتواه قادراً على الاستبداد به» . وملّكه تمليكاً : جعله يملك، وتملك الشيء تملكاً : ملكه قهراً[6] .

وأيضاً يقال : «ملك الشيء ملكاً : حازه وانفرد بالتصرف فيه، فهو مالك»، «أملك الشيء: جعله

---

(١) انظر : الفروق: (٣/ ٤٣٢)، الحاوي الكبير: (٦/ ٢٤).

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي: (٣/ ٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٦)، الفروق: (٣/ ٤٣٢).

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي: (٣/ ٧) (٢/ ١٣)، تهذيب الفروق: (٣/ ٤٣٣)، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل: (١/ ٢٦٧).

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي: (١٣/ ٦)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٦)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٣١٩).

(٥) انظر : تهذيب الفروق والقواعد السنية: (٣/ ٣٣)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤١٤).

(٦) انظر : القاموس المحيط: ص (١٢٣٢)، مختار الصحاح: ص (٦٣٣).

ملكاً له»، وامتلك الشيء: ملكه «تمالك عن الشيء: ملك نفسه عنه فلم يتناوله» و«تملك الشيء: امتلكه أو ملكه قهراً»[١] .

٢- المقصود بالتملك هو إرادة الحصول على الملك، فكل من أراد أن يملك شيئاً فهو متملك، وكل من ثبت له الملك في شيء فهو مالك، فالتملك هو إثبات الملك في شيء ما بسبب من أسباب الملك.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن المجهول من الأشياء لا يصح تملكه شرعاً وعلى هذا لا يجوز لأحد تمليكه، ولا العقد عليه بشيء من العقود، وذلك لأن الجهالة في الأشياء مردها إلى المنازعة والخصومة وهي منتفية في الشريعة الإسلامية نظراً لمصلحة المتعاقدين، وعلى هذا إذا وقع العقد على شيء مجهول قصداً يعتبر ذلك العقد باطلاً في الشرع وهو لا يفيد الملك.

والقاعدة بهذا الإطلاق تشير إلى شرط من شروط محل الملك عن طريق عقود المعاوضات المالية، وهو معلومية الشيء المملوك، وإذا لم يكن الملك معلوما لدى المتملك فليس له أن يتملكه، والاعتبار في مثل هذا الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى الغرر الفاحش أو المنازعة.

كما أن القاعدة تفيد أن من الأشياء التي لا تثبت فيها الملكية الأعيان المجهولة، ولذلك لا يصح إجراء العقود الناقلة للملك عليها.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة عدة من الفروع الفقهية منها:

١-لو وهب رجل لآخر عبداً آبقاً له أولغيره فلا يصح له تملكه، لأنها هبة مجهولة.

٢-ومنها: بيع المعدوم؛ فإنه لا يصح بيع المعدوم كبيع مالم يخلق، وبيع المضامين، وبيع الملاقيح، وحبل الحبلة لدلالة النص عليه ولأصل الجهالة.[٢]

٣-ومنها: مسألة الصلح عن المجهول.

---

(١) انظر : المعجم الوسيط: ص (٨٨٦).

(٢) انظر: الدر المختار (٤/ ١٠٢)، والقوانين الفقهية (ص١٦٩)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٥٧)، والشرح الكبير للمقدسي (٤/ ٢٧).

=

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يصح الصلح عن المجهول عيناً كان أو ديناً، هذا مذهب الحنفية،[١] والحنابلة[٢]، إلا أن الحنابلة قالوا: يصح الصلح عن المجهول إذا كان لا سبيل إلى معرفته، فأما ما يمكن معرفته فلا يصح الصلح عليه مع الجهل.

قال الكا ساني: "وأما كون الم صالح عنه معلوماً فليس بـ شرط لجواز الـ صلح حتى أن من ادعى على آخر حقاً في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز، لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط، ولا يصح تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصح بطريق الإ سقاط، فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض، لأن الساقط لا يحتمل ذلك وأن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح." [٣]

القول الثاني: إن الصلح عن المجهول لا يصح، وهذا مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، وذلك لأنه كالجهالة في البيع، ومعلوم أن بيع المجهول لا يصح.

الذي يظهر لي هو القول بجواز الصــلح عن المجهول، وذلك لعموم دلالة النص على جواز الصلح، ولأنه يمكن تصحيحه بطريق الإسقاط.

والله أعلم بالصواب.

٤-**ومنها**: بيع اللبن المبيع في الضرع.[٦]

٥-**ومنها**: بيع ضربة الغائص أو القانص، فإنه لا يجوز البيع لأنه بيع معدوم، وبيع مالم يملك.[٧]

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٤٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٣٢).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٥٤٥).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٤٩).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣١٠-٣٠٩).

(٥) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٢١٦)، ومغني المحتاج (٢/ ١٧٨).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٠٨)، وتبيين الحقائق (٤/ ٤٦)، والإنصاف (٤/ ٣٠١)، وجواهر الإكليل (٢/ ١٦٦)، وشرح المحلى (٢/ ٥٨)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٦).

(٧) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٥٣)، والدر المختار (٤/ ١٠٩)، وتبيين الحقائق (٤/ ٤٧).

=

٦-**ومنها**: الخلع بالمجهول، وبالمعدوم وبالغرر أو بما لا يقدر على تسليمه ،

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الخلع بالمجهول جائز، وكذلك بالمعدوم وبالغرر، فيجوز للمرأة أن تخالع زوجها بما في بطن ناقتها، ومثله الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها، وبحيوان عرض غير موصوف أو بأجل مجهول وهذا مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة في ظاهر المذهب.[3]

واستدلوا بما يأتي:

١-لأن الخلع إسقاط، يجوز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية، وهو مما يجري فيه التسامح، فيجوز بالمجهول إلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها، وركوب دابتها، وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الأجنبي لأن هذه تجوز مهراً.[4]

٢-ولأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية.[5]

٣-ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع، وليس فيه تمليك شيء والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز بغير عوض في رواية عند الحنابلة.[6]

القول الثاني: لا يجوز الخلع على ما فيه غرر كالمجهول.

هذا مذهب الشافعية[7]، وهو قول أبي بكر من الحنابلة في الخلع بالمجهول، وبالمعدوم الذي ينتظر

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٣/ ٢٠٧).

(٢) انظر: شرح الخرشي (٤/ ١٣)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٤٨)، وأسهل المدارك (٢/ ١٥٨)ط ١٠ الحلبي، والقوانين الفقهية (ص٢٣٣).

(٣) انظر: المبدع (٧/ ٢٣٣)، وكشاف القناع (٥/ ٢٢٢)، والكافي (٣/ ١٥٣).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٣/ ٢٠٧).

(٥) انظر: المبدع (٧/ ٢٣٣).

(٦) انظر: المصدر السابق.

(٧) انظر: المهذب (٢/ ٧٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٥).

=

وجوده وهو قياس قول الإمام أحمد.[١]

ومثله عند الشافعية الخلع على محرم أو على ما لم يتم ملكه عليه أو على ما لا يقدر على تسليمه.[٢]

وذلك لأنه عقد معاوضة فلا يجوز على ما ذكر كالبيع والنكاح، فلو خالع بشيء مما ذكر بانت بمهر المثل عند الشافعية، لأنه هو المراد عند فساد العوض.[٣]

الذي يظهر لي هو القول الأول، لقوة القياس الذي استدلوا به ولأنه يتضمن معنى الإسقاط الذي يحتمل المسامحة والعفو بغير عوض.

والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المبدع (٧/ ٢٣٣)، وكشاف القناع (٥/ ٢٢٢).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٢٦٥).

(٣) انظر: المهذب (٢/ ٧٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٥).

المبحث التاسع : قاعدة : الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع

هذه القاعدة من القواعد المهمة في هذا الباب، وهي تتعلق بأحكام الملك الخبيث، ومدى صحة الانتفاع به .

وهي تتضمن أيضاً أحكام الانتفاع بالملك الحاصل عن طريق العقود الفاسدة، وأهميتها تتجلى في حكم الانتفاع بالأموال المحرمة أيضاً :

دراسة القاعدة تتكون من المطالب الآتية :

أولاً : الكلام على أصل القاعدة ووضعها :

هذه القاعدة بالصيغة المذكورة ذكرها الكاساني في بدائع الصنائع[1] وقال : «وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب، وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث،والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرر الفساد، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم» .

وكذلك ذكرها الندوي في موسوعته[2] وإليها أشار الفقهاء في كتبهم[3].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها :

أ- التعريف بالملك الخبيث:

الملك -كما سبق- هو القدرة على التصرف والانتفاع بالشيء[4] . والخبيث فعيل من الخبث وهو الرديء، و ضد الطيب[5]. والمراد بالخبيث هو كل مستخبث في العرف [6] والمراد بالخبيث هنا الرديء[7]

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: (٥/ ٣٠٤).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٦٤).

(٣) انظر : شرح السير الكبير: ص(١١١٢) ورد المختار: (٥/ ٣٥٥) وقواعد الفقه: ص (١١٥).

(٤) انظر : المدخل الفقهي العام: (١/ ٢٤١) وأحكام المعاملات الشرعية: (٣/ ٤٢)

(٥) انظر : مختار الصحاح: ص(١٦٧).

(٦) انظر: كشاف القناع: (٦/ ١٨٩).

(٧) انظر: حاشية البجيري: (٤/ ٣٠٧).

=

والملك الخبيث : هو ملك حرام غير لازم ملك ضمان إما بالقيمة وإما بالمثل لا بالمسمى، وهو الثابت بالعقد الفاسد والذي لا يفيد إطلاق الانتفاع، لكونه واجب الرفع ومستحق الفسخ[1] .

ب- معنى الانتفاع لغة واصطلاحاً :

١- الانتفاع في اللغة :

مصدر انتفع من النفع، أي الخير وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه [2]. فالانتفاع : الوصول إلى النفعة. يقال : انتفع بالشيء : إذا وصل به إلى منفعة[3] .

٢- الانتفاع في الاصطلاح :

«هو حق المنتفع في ا ستعمال العين وا ستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن مملوكة»[4] .

وأستعمل هذا اللفظ غالباً مع كلمة (حق) فيقال : حق الانتفاع، ويراد به الحق الخاص بشخص المنتفع غير القابل للانتقال للغير.

وقد يستعمل مع كلمتي (ملك) و(تمليك) فيقال : ملك الانتفاع، وتمليك الانتفاع.[5]

٣- الفرق بين حق الانتفاع وملك المنفعة : [6]

يفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك المنفعة من ناحية المنشأ والمفهوم والآثار. وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان :

الأول : سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة :

لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلاً ، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضاً بالإذن من مالك خاص، كما لو أباح

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤-٣٠٠).

(٢) انظر : المبصباح المنير: ص(٢٣٦).

(٣) انظر : مختار الصحاح: ص(٦٧٣).و المعجم الوسيط: (٢/ ٩٤٢)

(٤) انظر : مرشد الحيران للشيخ محمد قدري باشا (١/ ٣٦).

(٥) انظر : الموسوعة الفقهية: (٦/ ١٤٢) .

(٦) انظر : الفروق للقرافي: (١/ ٣٢٣) و بدائع الفوائد لابن القيم: (١/ ٣) و الملكية و نظرية العقد: ص (٧٨) و المدخل الفقهي العام: (١/ ٢٨٧-٢٨٤) .

شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك.

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، وهي الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف. فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنتفعة، كما في الإباحة مثلاً

الثاني : أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة، لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأنه رخصه، لا يتجاوز شخص المنتفع.

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه. أو أن ينقلها إلي غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره.

قال القرافي : «تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأ شمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية، مثال الأول : سكني المدارس، والرباطات والمجالس في الجوامع والمساجد والأ سواق ومواضع النسك كالمطاف والسعي ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات، امتنع ذلك وكذلك بقية النظائر المذكورة معه. وأما مالك المنفعة فكمن استأجر داراً أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره، أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك،فهو تمليك مطلق في زمن خاص»[1] .

ج- أسباب الانتفاع :

أسباب الانتفاع ثلاثة: [2]

أولاً : الإباحة :

هي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل. ويعرفها بعض الفقهاء : بأنها الإطلاق في مقابلة الحظر الذي هو المنع. وهي بهذا المعنى تشمل الإباحة الأصلية التي لم يرد فيها نص خاص من الشرع،

---

(١) انظر : الفروق للقرافي: (١/ ٣٢٣).

(٢) انظر : الملكية و نظرية العقد: (ص٧٨).والملكية للشيخ علي الخفيف : (ص/ ١١٢)

والإباحة الشرعية التي ورد فيها نص خاص يدل على حل الانتفاع بها، و الإباحة بإذن المالك و هي التي تثبت من مالك خاص لغيره بالانتفاع بعين من الأعيان المملوكة إما بالا ستهلاك أو بالا ستعمال أو غيرها.

ثانياً : الاضطرار :

«الاضطرار هو الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً» أو «بلوغ الإنسان حدًا إن لم يتناول الممنوع يهلك» وهو سبب من أسباب حل الانتفاع بالمحرم. وهو في الحقيقة نوع من ا لإباحة الشرعية للنصوص الواردة في حال الضرورة.

والأصل في حل الانتفاع من المحرم حال الإضطرار قوله تعالى: ﴿ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ﴾[2].

ثالثاً: العقد:

العقد من أهم أسباب الانتفاع ، لأنه وسيلة تبادل الأموال والمنافع بين الناس على أساس الرضا. وهناك عقود تقع على المنفعة مباشرة، فتنقل المنفعة من جهة إلى جهة الأخرى كالإجارة والوصية بالمنفعة والوقف، وهناك عقود أخرى لا تقع على المنافع بالذات، بل يأتي الانتفاع فيها تبعاً.

د- وجوه الانتفاع:[3]

الانتفاع بالشيء إما أن يكون بإتلاف العين أو ببقائها، وفي هذه الحالة إما أن ينتفع الشخص من العين بالاستعمال أو بالاستغلال.فالحالات ثلاث :

الحالة الأولى: الاستعمال:

يحصل الانتفاع غالباً باستعمال الشيء مع بقاء عينه، وذلك كما في العارية. فإن المستعير ينتفع بالمستعار با ستعماله والا ستفادة منه، ولا يجوز له أن ينتفع با ستغلاله أو ا ستهلاكه، لأن من شروط العارية إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها .

---

(١) الآية : (١٧٣) من سورة البقرة .

(٢) الآية : (١١٩) من سورة الأنعام .

(٣) انظر : الملكية و نظرية العقد: (ص٧٨).

الحالة الثانية: الاستغلال:

قد يحصل الانتفاع باستغلال الشيء وأخذ العوض عنه، كما في الوقف والوصية إذا نص عند إنشائهما على أن له أن ينتفع كيف شاء. فإن الموقوف عليه والموصي له يستطيعان أن يؤجرا العين الموقوفة والموصي بمنفعتها للغير إذا أجازهما الواقف والموصي من غير خلاف.

الحالة الثالثة: الاستهلاك:

قد يحصل الانتفاع با ستهلاك العين كالانتفاع بأكل الطعام والشراب في الولائم والضيافات، و الانتفاع باللقطة إذا كانت مما يتسارع إليه الفساد. وكذلك عارية المكيلات والموزونات والأشياء المثلية التي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكها.

هـ- المقصود بإطلاق الانتفاع :

المقصود بإطلاق الانتفاع هو التمكن من الانتفاع بالشيء بجميع الوجوه المذكورة[1] .

وقيل : هو الانتفاع بعين الشيء[2] . قال في المجموع : ثم رخص في الانتفاع يعني الانتفاع بعينه لأنه المفهوم من إطلاق الانتفاع، وأما الانتفاع بثمنه فليس انتفاعاً به، ولا يلزم من كونه طاهراً منتفعاً به أن يجوز بيعه."[3] وإطلاق الانتفاع هو مقتضى التمليك و التملك في باب المعاوضات[4].

ثالثاً : المعنى الإجمال للقاعدة :

ر سمت الشريعة الإ سلامية للتملك و الانتفاع بما يملكه الغير حدوداً وأقساماً لها معالم، وشرطت لها شروطاً، فمن تمسك بما شرع الله ورسوله وأقام حدود الشرع، وانتهى إلى معالمه ونفذ شروطه فإن تملكه و الانتفاع بما أراد الانتفاع به يكون حلالاً. وذلك عن طريق البيع الصحيح، والإجارة، وغير ذلك من العقود المشروعة الصحيحة.

وأما الذي لم يتمسك بهذه الشروط والحدود، ولكنه أراد أن يتملك من غيره بطرق التملك المحرمة وبشتى الوسائل غير المشروعة، فإن تملكه و الانتفاع بما ملك لا يكون حلالاً، وإنما يكون

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤) والهداية: (٣/ ٢٣٠).

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب: (١/ ٢٧٨).

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب: (١/ ٢٧٨) وكذلك انظر الهداية: (٣/ ٢٣٠)

(٤) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٢٠٢) ومواهب ا لجليل: (١/ ١١٨)

حراماً خبيثاً، والثابت له عن طرق التملك المجرمة هو الملك الخبيث، وهذا الملك الخبيث لا يترتب عليه جواز الانتفاع به واستعماله مطلقاً.

والقاعدة بالصيغة المذكورة تدل على أن الملك الخبيث الذي يحصل في المقبوض بعقد فاسد لا يثبت به إطلاق الانتفاع، بل الثابت به هو الانتفاع بالتصرف، وذلك لأن الثابت بالعقد الفاسد هو مستحق الفسخ فالتصرف فيه يشبه التصرف فيما لا يملك.

والقاعدة تشير أيضاً- إلى أن الملك الصحيح هو المفيد لإطلاق الانتفاع بالمملوك وهو مقتضى العقود الصحيحة.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها على قولين:

القول الأول: إن هذه القاعدة غير صحيحة، ولا يعمل بها. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية والحنابلة.(١)

قالوا: لا اعتبار بالعقد الفاسد شرعاً كما أنه لا اعتبار للباطل.

فبناء على عدم إفادة العقد الفاسد للملك ذهبوا إلى عدم اعتبار هذه القاعدة.

وذلك لأن الباطل لا يفيد الحكم، ولا يترتب عليه أثر؛ لأنه لا وجود له إلا من حيث الصورة، وهو منقوض من أسبابه.

القول الثاني: اعتبار هذه القاعدة أصلاً استقر عليه العمل في باب العقود الفاسدة. وهو مذهب الحنفية.(٢)

قالوا: إنه يفيد الملك الخبيث لمكان النهي عنه وإلا فلا معنى للنهي لأنه يقتضي تصور المنهي عنه والقدرة عليه.(٣)

الذي يظهر لي هو القول باعتبار صحة القاعدة، وذلك لأن اعتبارها يكون مفيداً لثبوت الملك في المعاملات الفاسدة وإن كان ذلك بصفة الخبث ولا معنى لإلغاء ما يمكن إعماله؛ وأما قياس

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٥٤)، وحاشية الجمل (٣/ ٨٥)، والمنثور للزركشي (٣/ ٧)، ومنتهى الإرادات (٢/ ١٩٠)، وكشاف القناع (٣/ ١٥٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤)، والفتاوى الخانية (٢/ ١٣٣)، وتبيين الحقائق (٤/ ٦٤،٦٥).

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/ ٢٢).

الفاسد في إفادة الملك على الباطل وإن كان أقرب فإن الفاسد بعد القبض يحتمل التصحيح. والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة :

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من ا لفروع الفقهية، منها :

١-المقبوض بعقد فاسد لا يفيد إطلاق الانتفاع، وإنما يفيد الملك عند فقهاء الحنفية وهو الملك الخبيث(١)

٢-**ومنها** : الغصب لا يثبت به الملك، فإن تصرف الغاصب في ا لمغصوب بالضمان فإنه يملكه ملكاً خبيثاً، ولا يفيد ذلك الملك إطلاق الانتفاع به(٢) .

٣-ومنها: لو تصرف المشتري في المبيع بيعاً باطلاً ببيع أو هبة أو غير ذلك فهل ينفذ تصرفه أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: لا ينفذ تصرفه، ولا يقع ذلك في ملكه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة.(٣)

وذلك لأنه لم يملكه، فيكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتكون تصرفاته كتصرفات الغاصب ولذلك فإن هذا التصرف لا يمنع الرد لعدم نفوذه.

القول الثاني: إن تصرفه يعتبر مفوتاً وينتقل الحق فيه إلى الضمان و هذا قول عند المالكية (٤). والله أعلم بالصواب.

٤-ومنها: بيع الوفاء ويأتي بيان المسألة على الوجه التالي:

أ-التعريف ببيع الوفاء.

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤-٣٠٠).

(٢) النظر : الهداية: (٢/ ٢٣٠).

(٣) انظر: الفتاوى الخانية (٢/ ١٣٣)، وحاشية الحمل على المنهج (٣/ ٨٤، ٨٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٥٥)، وكشاف القناع (٣/ ١٥٠).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٧١،٧٤).

=

هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه وإنما سمي بيع الوفاء؛ لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط.[١]

وهو عند المالكية بيع الثنيا[٢] [٣]، وعند الشافعية بيع العهدة[٤] [٥]، وعند الحنابلة بيع الأمانة[٦][٧]، وعند بعض الحنفية بيع المعاملة[٨].

ب-حكم بيع الوفاء عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في ثبوت الملك عن طريق بيع الوفاء على قولين:

القول الأول: إنه لا يفيد الملك و إنه من البيوع الفاسدة شرعاً وهو مذهب المالكية[٩]، والحنابلة[١٠] والمتقدمين من الحنفية[١١]، والشافعية[١٢].

واستدلوا بما يأتي:

١-لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام، وفي هذا الشرط منفعة للبائع، ولم يرد دليل معين

(١) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٨٤)، والفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٩)، ومواهب الجليل (٤/ ٣٧٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٣١)، والإقناع (٣/ ٥٨)، وكشاف القناع (٣/ ١٥٠-١٤٩).

(٢) هو بيع الاستثناء كأن يبيع شيئا و يستثني بعضه سواء كان معلوما أو مجهولا. انظر: الموسوعة الفقهية: (٩/ ٢٠٣).

(٣)انظر: مواهب الجليل (٤/ ٣٧٣).

(٤) هو ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع، أو وجد فيه عيب.انظر: التعريفات ص(٥١).

(٥)انظر: بغية المسترشدين (ص/ ١٣٣).

(٦) هو البيع الذي يحصل فيه الاطمئنان من قبل البائع فيكون مبنيا على الثقة و الاطمئنان في التعامل بين الطرفين. انظر: الموسوعة الفقهية (٩/ ٤٨).

(٧) انظر: كشاف القناع (٣/ ١٥٠-١٤٩).

(٨) انظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٩).

(٩) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٣٧٣).

(١٠) انظر: الإقناع (٣/ ٥٨).

(١١) انظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٩-٢٠٨)، والبحر الرائق (٦/ ٨).

(١٢) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣١)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٣٣).

=

يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشتراطه فيه.[1]

٢-ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء وإنما يقصد من وراءه

الوص ... جميع

حالا

... يكون

صـ ... كما في

الاس

الباب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بأسباب الملكية:

و فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد و الضوابط في أسباب الملكية الناقلة .

الفصل الثاني: القواعد والضوابط في أسباب الملكية المنشئة واختلافها .

الفصل الثالث: القواعد والضوابط في الاستحقاق في الملكية .

... شرط

يخالف

... نتفاع

به.[5]

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٨٤).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٨٤)، والبحر الرائق (٦/ ٨)، والفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٩-٢٠٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣١)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٣٣).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٨٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٨)، والفتاوى الهندية (٣/ ٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٣).

الفصل الأول: القواعد و الضوابط في أسباب الملكية الناقلة:

و فيه ثمانية مباحث:

- **المبحث الأول**: قاعدة: البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه .
- **المبحث الثاني**: قاعدة: الملك لا يجوز تقدمه على سببه، ولا وجوده في حال عدمه .
- **المبحث الثالث**: قاعدة: الحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك .
- **المبحث الرابع**: قاعدة: العقد الفاسد يفيد الملك عند القبض .
- **المبحث الخامس**: ضابط: الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه .
- **المبحث السادس**: ضابط: اليد الطارئة غير موجبة للملك .
- **المبحث السابع**: ضابط: كل من ملك مالاً بالإرث فإنه يملكه بحقوقه.
- **المبحث الثامن**: ضابط: الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك .

المبحث الأول : قاعدة : البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه

هذه القاعدة من القواعد المهمة، وهي تتعلق بسبب من الأسباب الناقلة للملك وهو البيع، وهو الغالب على جميع أسباب الملك. وحقيقة البيع كما سبق بيانه- مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكاً . والقاعدة تتضمن هنا حكم البيوع بعد انعقادها وتمامها من حيث إفادتها للملكية.

والقاعدة لها أهمية بالغة في أثرها على الفروع الفقهية. دراستها تتجلى في الأمور الآتية:

أولاً : الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها :

هذه القاعدة من القواعد المهمة من باب المعاو ضات، وهي باللفظ المذكور ذكرها الإمام الشافعي في الأم(١) والندوي في الموسوعة(٢) وقد وردت بلفظ: (البيع عقد تمليك(٣) وبلفظ: «عقد البيع يوجب أن يستقر ملك المشتري على المبيع»(٤) وكذلك يومي إليه من القواعد العامة ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية: " العقد الصحيح يوجب على كل من المتعاقدين ما اقتضاه العقد." (٥) وقد أشار إلى أصل القاعدة بلفظ: «البيع تمليك» كثير من الفقهاء(٦) .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- معنى البيع لغة واصطلاحاً : سبق بيانه.

ب- أقسام البيوع عند الفقهاء.

قسم الفقهاء البياعات بعدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، وبيانها على الترتيب المذيل :

الأول : أنواع البيع باعتبار البدلين:

البدلان هما المبيع الذي يأخذه المشتري والثمن الذي يأخذ البائع، والبيع في حق البدلين يرجع إلى أربعة أقسام :

(١) الأم: (٤/ ٢٦)

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ١١٢)

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢١/ ١١٠)

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٩) .

(٥) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٩/ ٤٠٧،٤٠٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٦)، (٧/ ١٧٥)، والمبسوط: (١٣/ ١٥٤)، (١٤/ ١١٨)، والمهذب: (٢٣٤)، والمغني: (٤/ ١٠)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٠٦)، والمبدع: (٤/ ٧١) .

=

أولاً: بيع المقايضة : وهو بيع العين بالعين والسلعة بالسلعة[1] . و صورة هذا البيع أن يعطي الفلاح التاجر قمحاً، ويأخذ بدلاً منه خضاراً أو فاكهة أو أرزا أو سكراً ونحوها.

ثانياً : البيع المطلق: وهو بيع العين بالدين أو بيع السلعة بالأثمان المطلقة وهي الدنانير[2] . وهذا البيع هو أشهر البيوع في زماننا، وصورته أن تباع السلع، والخدمات، والمنافع، والحقوق بنقود وعملات مختلفة في هذا العالم.

ثالثاً: بيع السلم: وهو بيع الدين بالعين، وهو أن يقع البيع على ثمن بعين[3] وهو بيع آجل وهو المسلم فيه بعاجل وهو رأس المال، و ركنه ركن البيع حيث ينعقد بلفظ المسلم إليه، وتسمى البضاعة المسلم فيه[4] وصورة هذا البيع أن يدفع التاجر ألف ريال للمزارع مقابل أن يبيعه المزارع ألفي كيلو غرام من المشمش بمواصفات معينة في الموسم.

رابعاً: بيع الصرف: وهو بيع الدين بالدين، أي بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق[5] وصورة هذا البيع أن يبيع الشخص الدنانير الكويتية بالريالات السعودية مثلاً، وكلاهما أثمان مطلقة تستخدم قيما للأشياء.

الثاني : أنواع البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن: [6]

هناك ثمن لشراء السلعة وثمن لبيعها، فينقسم البيع باعتبار الاتفاق والاختلاف بين الثمنين إلى الأقسام التالية :

أولاً: بيع المرابحة: وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح[7] . وصورة هذا البيع هي أن يقوم المصرف بشراء السيارة بمبلغ عشرة آلاف ريال سعودي، ويبيعها لأحد بثلاثة عشر ألف ريال ويقسطها على أربع سنوات فهو قد اشتراها بثمن يعلمه المشتري، وباعه إياها بمثل الثمن مع زيادة ربحه.

ثانياً: بيع التولية: وهو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، و ملحظ التسمية أن البائع كأنما

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٢٨) ومجمع الأنهر: (٣/ ٣)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٣٢) ومجمع الأنهر: (٢/ ٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)

(٣) انظر : المصادر السابقة .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٠٩/ ٥١٠) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٢٢)، البناية شرح الهداية: (٨/ ٢)، مجمع الأنهر: (٢/ ٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٢) .

(٦) انظر: المغني : (٦/ ٢٧٦،٢٧٤،٢٦٦) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٢٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)، والأم: (٢/ ٣٩)

=

جعل المشتري يولي مكانه على المبيع[١] . وصورة ذلك أن يشتري محمد ثوباً بخمسة ريالات ويبيعه بخمسة ريالات، وهذا ما يسمى في عرف التجار والناس في زماننا البيع برأس مال السلعة .

ثالثاً: بيع الوضيعة: هو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه[٢] وصورة ذلك أن يشتري محمد قميصاً بخمسة ريالات ويبيعه بأربعة ريالات ويسمى هذا في عرف التجار والناس في زماننا البيع بخسارة، وهو البيع بأقل من رأس مال السلعة .

رابعاً: بيع المساومة: هو مبادلة المبيع بأي ثمن يتفق عليه[٣] . وصورة هذا البيع أن يحصل سوم وهو ذكر أسعار للسلعة، ويسمى هذا في زماننا المفاصلة أو الفصال، وهو المفاوضة بين البائع والمشتري على سعر السلعة، فإذا اتفقا على سعر معين وقبلا بذلك انعقد البيع بالسعر المتفق عليه .

الثالث: أنواع البيع باعتبار أحكامه:

وتقسم البيوع باعتبار أحكامه إلى:

أولاً: البيع الصحيح أو المنعقد: هو ما كان مشروعاً بأصله[٤] ووصفه[٥] والعقد صحيح إن وجدت فيه الأركان والشروط والوصف المرغوب فيه، وتترتب على هذا العقد آثاره، كثبوت ملك المبيع للمشتري، والثمن للبائع، وهذا محل اتفاق عند الفقهاء[٦] .

وينقسم هذا البيع عند الحنفية[٧] إلى نافذ و موقوف و مكروه و عند المالكية[٨] إلى نافذ وموقوف:

١-النافذ: هو ما صدر ممن له أهليه وولاية على إصداره، وحكمه : ترتب أثاره عليه فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد .

والنافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم: فاللازم هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، وغير اللازم أو الجائز كما يسميه بعض الفقهاء هو ما يملك كلا طرفيه أو أحدهما فقط فسخة دون رضا الآخر.

٢-الموقوف : هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره، كعقد الفضولي،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٢٣-٥٢٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)، وعقد البيع للمصطفى الزرقا: ص(١٩).

(٢) انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٢٢)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٠١)

(٣)انظر : بدائع الصنائع: (٦/ ٥٣٢)، وحاشية ابن عابدين: (٣/ ٣)

(٤) أصل عقد البيع : وهي الإيجاب والقبول، ومحل العقد وعاقداه، الفقه الإسلامي: (٤/ ٢٣٤)

(٥) وصف عقد البيع: ما كان خارجاً عن الأركان، كالشروط ومنها كون المبيع مقدور التسليم . الفقه الإسلامي: (٤/ ٢٢٤) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع: (٧/ ٢١٦)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٢٠-١٢٧)، مغني المحتاج: (٢/ ١٥-١٠)

(٧) انظر : بدائع الصنائع: (٧/ ٢١٦) .

(٨)انظر : بداية المجتهد: (٢/ ١٢٩) .

=

وحكمه: عدم ترتب آثاره عليه إلا بإجازة من يملك إصداره، فإن لم يجز بطل العقد.

٣-البيع المكروه : وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ، ولكن النهي عنه جاء لأمر مجاور للعقد غير ملازم له، ولا شرط فيه ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة مثلاً، فهو مكروه كراهة تحريم عند الحنفية(١) أي يأثم فاعله والعقد صحيح، وهو حرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء والعقد صحيح عند المالكية (٢) والشافعية(٣)، وباطل عند الحنابلة(٤).

ثانياً : البيع غير الصحيح أو البيع غير المنعقد : هو العقد الذي لم يستوف أركانه ولا شرائطه.

والجمهور من المالكية(٥) والشافعية(٦) والحنابلة(٧) يرون أن العقد غير الصحيح قسم واحد، ولا فرق بين أن يكون الخلل في أركانه أو شروطه أو أوصافه، ولا فرق فيه بين الباطل والفاسد، ولا يترتب عليه أثر ويأثم فاعله.

وأما الحنفية(٨) فيقسمون عقد البيع غير الصحيح إلى قسمين :

١ - البيع الباطل : هو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه.

٢ - البيع الفاسد : هو ما كان مشروعاً بأصله ولا بوصفه، ويأتي بيان ذلك في قاعدته.

الرابع : تقسيم البيع باعتبار كيفية الثمن(٩):

ينقسم البيع بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام:

١-منجز الثمن، وهو ما لا يشترط فيه تأجيل الثمن، ويسمى بيع النقد أو البيع بالثمن الحال .

٢-مؤجل الثمن، وهو ما يشترط فيه تأجيل الثمن.

٣-مؤجل المثمن، وهو بيع السلم.

---

(١) انظر : شرح فتح القدير: (٢/ ٤٢٦)، والعناية شرح الهداية: (٦/ ٤٣٦)، والكليات: (١/ ٤١٦) .

(٢) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٢٧) .

(٣) انظر : المغني المحتاج: (٢/ ٢٦) .

(٤) انظر : المقنع: (٢/ ٢٠) .

(٥) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٤٦-١٤٥) .

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣١-١٠) .

(٧) انظر: المقنع: (٢/ ١٨-٤) .

(٨) انظر: الأصل: (٥/ ٩٣-٩١-٨٤)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٦٩-٣٦٨)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠٥)، والتعريفات للجرجاني: ص (٥٢)، والكليات (١/ ٤١٦) .

(٩) انظر: فتح القدير (٥/ ٤٥٥) .

=

٤-مؤجل العوضين، وهو بيع الدين بالدين، وهو ممنوع في الجملة .

ج – المقصود بالبيوع هنا جميع أقسام البيع وإنما عبروا عن البيع بالجمع للدلالة على أنواعها كلها.

ويمكن أن يقال : إن المقصود بالبيوع هنا المعاوضات كلها وإنما عبروا عنها بالبيوع للأغلبية أو يوجد معنى البيع في جميع المعاوضات والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني[1].

د- معنى التمليك:

التمليك تفعيل من الملك، من قولهم : ملكه الشيء تمليكاً : إذا جعله ملكاً له يقال : ملكه المال والملك فهو مملك[2] . والمقصود بالتمليك هنا هو أن يجعل كل واحد من المتعاقدين الآخر مالكاً، فالبائع يملك المشتري المبيع ، والمشتري يملك البائع الثمن، وهو يتضمن معنى زوال الملك وانتقاله.

جاء في مجلة الأحكام العدلية : «المادة: (٣٦٩): حكم البيع المنعقد الملكية، يعني صيرورة المشتري مالكاً للمبيع، والبائع مالكاً للثمن»[3] . هذا هو المقصود من التمليك.

قال ابن قدامة : «ولأن البيع تمليك بدليل قوله : ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع، يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه»[4].

هـ- أنواع التمليك عند الفقهاء[5]:

من المعلوم أن البيع تمليك والتمليك على نوعين :

الأول : تمليك أعيان الأشياء.

الثاني : تمليك منافع الأشياء .

وتمليك أعيان الأشياء على وجهين :

أحدهما : تمليك ببدل مثل الثمن، والهبة على شرط العوض بعد القبض .

والثاني : تمليك من غير بدل مثل الهبة والصدقة لا بشرط العوض.

وتمليك المنافع كذلك على وجهين:

الأول: تمليك ببدل مثل الإجارة .

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣٥) .

(٢) انظر مختار الصحاح: ص(٦٣٣) .

(٣) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٠٧) .

(٤) المغني لإبن قدامة: (٦/ ٢١) .

(٥) انظر : فتاوي السغدي: (١/ ٤٣٥) .

الثاني: تمليك من غير بدل مثل العارية .

ثالثاً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن حقيقة البياعات في باب المعاملات إنما هي تمليك من كل واحد من البائع والمشتري لصاحبه، فالبائع يملك المشتري والمشتري يملك البائع، ومن هنا البيوع تنعقد لتحقيق مطلب التمليك و التملك.

فإذا لم يكن في البيع تمليك فهو ليس على حقيقة البيع وإن كان على صورته.

والقاعدة تفيد أيضاً أن البيع ينقل الملكية من أحدهما إلى الآخر، وهو يتضمن معنى التمليك والتملك.

فالقاعدة تتمثل في معنى البيوع وحقيقتها.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها لدى الفقهاء(١) وهي تتمثل في حقيقة العقود المعاوضة المحضة وماهيتها.

قال الكاساني: "الحكم الأصلي للبيع هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال"(٢).

قال في جواهر الإكليل(٣): "البيع هو إخراج ذات العين عن الملك يعوض والشراء إدخالها في الملك بعوض وصلة ينعقد بما يدل دلالة عادية على الرضا بخروج المثمن من ملك بائعه، ودخوله في ملك مشتريه في نظير الثمن، وخروج الثمن من ملك المشتري ودخوله في ملك البائع في نظير المثمن سواء كان قولاً من الجانبين أو قولاً من أحدهما وفعلاً من الآخر...".

واختلفوا في بيع الخيار، هل ينتقل الملك فيه إلى المشتري بنفس العقد أم يكون الملك فيه موقوفاً على الإمضاء(٤)، ويأتي بيان المسألة في قاعدة الموقوف مفصلا.

وبناء على أصل هذه القاعدة يترتب على البيوع كلها ما يأتي:

١-يثبت للمشتري ملك ما يحصل في المبيع من زيادة متولدة منه ولو لم يقبض المبيع.

ولا يمنع من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري كون الثمن مؤجلاً.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٦)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٦)، والمهذب (١/ ٣٣٤)، والأم (٤/ ٢٦)، وكشاف القناع (٣/ ٢٠٦)، والمبدع (٧/ ٧١)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٢٢-٢١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣).

(٣) جواهر الإكليل (٢/ ٢).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٠).

٢-تنفذ تصرفات المشتري في المبيع، وتصرفات البائع في الثمن وهذا بعد القبض بلا خلاف، وأما تصرفات المشتري قبل القبض فعلى خلاف.(١)

٣-لو قبض البائع الثمن ولم يقبض المشتري المبيع، حتى لو مات البائع مفلساً، فإن للمشتري حق التقدم في المبيع على سائر الغرماء ويكون المبيع في هذه الحال أمانة في يد البائع، ولا يدخل في التركة.(٢)

٤-لا يمنع من انتقال الملك في المبيع أو الثمن كونهما ديوناً ثابتة في الذمة، إذا لم يكونا من الأعيان؛ لأن الديون تملك في الذمم ولو لم تتعين، فإن التعيين أمر زائد عن أصل الملك، فقد يحصل مقارناً له وقد يتأخر عنه إلى أن يتم التسليم.(٣)

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جميع أحكام البيوع التي فيها معنى المعاوضة أذكر هنا أمثلة من تطبيقاتها:

١-الإجارة، يملك المؤجر الأجرة بعقد الإجارة، كما أن المستأجر يملك المنفعة المعقود عليها.

٢-**ومنها**: الصلح بمعنى البيع؛ وهو صلح المعاوضة، يملك المصالح المصالح به بعقد الصلح باتفاق الفقهاء.(٤)

٣-**ومنها**: الإقالة على القول إنها بيع في حق العاقدين وغيرهما.(٥)

٤-**ومنها**: الهبة بشرط العوض.

اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي للهبة بشرط العوض.

القول الأول: أنها بيع ابتداء وانتهاء، فتثبت فيها أحكام البيع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض، ولا يملكان الرجوع عن التصرف. هذا مذهب المالكية(٦)، والشافعية في الصحيح(٧)، وهو المذهب عند الحنابلة(٨)،

---

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٣٧١).

(٢) انظر: المصدر السابق رقم (٢٩٧).

(٣) انظر: المصدر السابق مادة رقم (٢٠١).

(٤) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٤١٩)، ومجمع الأنهر (٢/ ٣٠٨)، وشرح الزرقاني (٦/ ٢)، ومواهب الجليل (٥/ ٨٠)، والأم (٣/ ٢٢١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٦٢)، والمبدع (٤/ ٢٨٢)، وكشاف القناع (٣/ ٣٨٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦)، والبحر الرائق (٦/ ١١٠)، وشرح الخرشي (٥/ ١٦٦)، وحاشية الجمل (٣/ ١٥٦)، والإنصاف (٤/ ٤٨٠).

(٦) انظر: مواهب الجليل (٦/ ٦٧-٦٦)، وشرح الخرشي (٧/ ١١٧)، وحاشية الدسوقي (٤/ ١١٤).

(٧) انظر: المهذب (١/ ٤٤٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٠٤).

(٨) انظر: المغني مع الشرح الكبير (٦/ ٢٩٩)، والإنصاف (٧/ ١١٦).

=

وبه قال زفر من الحنفية [١].

لأن معنىٰ البيع موجود في هذا العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد. [٢]

القول الثاني: أنها هبة ابتداء بيع انتهاء، إذا حصل التقابض من الطرفين، وبناء علىٰ هذا لا يثبت الملك في كل واحد منهما، ولكل واحد منهما أن يرجع ما لم يتقابضا وكذلك لو قبض أحدهما، ولم يقبض الآخر فإن لكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتىٰ يتقابضا جميعاً. هذا مذهب الحنفية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثالث: أن الغالب فيها حكم الهبة، هذا القول نقله أبو الخطاب عن الإمام أحمد. وانتصر له الحارثي[٦] فقال: وهو الصحيح. [٧]

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، وأن الهبة هنا تكن لازمة بأخذ العوض. والله أعلم.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٣٢).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: البحر الرائق (٧/ ٣٢٢)، وشرح فتح القدير (٧/ ١٣٢)، والمبسوط (١٢/ ٧٥).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٠٥).

(٥) انظر: الإنصاف (٧/ ١١٦).

(٦) الحارثي: هو مسعود بن أحمد بن مسعود بن عباس الحارثي البغدادي ثم المصري له شرح كتاب المقنع، توفي سنة (٧١١)هـ. انظر: الذيل لطبقات الحنابلة (٢/ ٣٦٢)، ومصطلحات الفقه الحنبلي ص(١٦١).

(٧) انظر: الإنصاف (٧/ ١١٦)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٣٠٠).

المبحث الثاني : قاعدة : الملك لا يجوز تقدمه على سببه، ولا وجوده في حال عدمه

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بأسـباب الملك، وهي تختص بكيفية ثبوت الملك في محل بسـبب من الأسباب، كما أنها تشير إلى مسألة هل يجوز تقدم الملك قبل وجود سببه.

والقاعدة لها أهمية بالغة لاشتمالها على أحكام ثبوت الملك بالأسباب .

دراسة القاعدة تتكون من النقاط التالية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

القاعدة بالصـيغة المذكورة ذكرها ابن قدامة في المغني ، حيث قال في موطن التعليل عند مسـألة استحقاق الزيادة في الـ صداق : «وإذا ثبت هذا فإن معنى الحقوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المـ سمى في العقد في أنها تتنصـف بالطلاق، ولا تفتقر إلى شروط الهبة، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد، ولا أنها تثبت لمن كان له الـصداق، لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه، ولا وجوده في حال عدمه، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ»[1] . والقاعدة بلفظها ذكرها الندوي أيضا في الموسوعة[2] وهناك ألفاظ أخرى تقرب إلى مدلول القاعدة منها : «السـبب إنما يفيد الملك في محله»[3]، ولفظ أخر : «السـبب يسـبق الحكم[4]، ومنها : « الحكم يثبت بالسبب»[5] .

وهذه الألفاظ وما ذكره الفقهاء من العبارات والفروع تشهد لأصل هذه القاعدة ووضعها.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

معنى السبب لغة واصطلاحاً:

معنى الـ سبب لغة: الحبل، ثم و سع في معناه اللغوي . فقالوا : هو في اللغة عبارة عما يتو صل به إلى مقـ صود ما» أو «ما يتوصل به إلى غيره»[6] .

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٧٩).

(٢) انظر : موسوعة القواعة الفقهية للندوي: (٢/ ٤٦٥).

(٣) انظر : الهداية مع شرح فتح القدير: (٦/ ١١).

(٤) انظر : المبسوط: (٢٨/ ١٠).

(٥) انظر : المصدر السابق: (٢٨/ ١٠) .

(٦) انظر : القاموس المحيط: ص(١٢٣)، ولسـان العرب: (١/ ٤٥٨) وما بعدها، المصـباح المنير: (٢/ ٤٠٠)، ومختار الصـحاح: (١/ ١٤٥).

=

وقيل : «ما توصل به إلىٰ الغرض المقصود» .[١] وقيل : «ما يتوصل به إلىٰ المقصود من علم أو قدرة أو آلة»[٢] .

من خلال هذه الأقوال يتبين لنا أن ما ذكره ابن قدامة من معنىٰ السبب لغة لا يخلو من نظر، حيث قال : «السبب في اللغة عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به»[٣] . فإن هذا ليس معناه لغة، وإنما ذلك مما يبحث عنه في حكمه من حيث التأثير في سببه وعدم التأثير فيه.

ومن المفردات الداخلة تحت هذا المعنىٰ العام :

١-الطريق، منه قوله تعالىٰ: ﴿ ﭒ ﭓ ﴾[٤] أي طريقاً[٥] .

٢-الحبل، ومنه قوله: ﴿ □ □ □ □ ﴾[٦] أي بحبل إلىٰ سقف البيت .

٣-الباب، كقوله تعالىٰ: ﴿ ﮔ ﮕ ﮖ ﴾[٧] أي الأبواب .

٤-الوصلة والمودة، كقوله: ﴿ ﮨ ﮩ ﮪ ﴾[٨] أي الوصل والمودات[٩].

٥-الحياة : كما يقال قطع الله به السبب أي الحياة

السبب في الاصطلاح :

اختلف الأصوليون في معنىٰ السبب الإصطلاحي وعرفوه بعدة تعريفات، من أشهرها:

١-الأسباب هي التي أضاف الشارع الأحكام إليها[١٠] . هذا التعريف يدل علىٰ أنه أراد من تعريفه للسبب: ما يشمل العلة وغيرها، أي ما كان بينه وبين حكمه مناسبة ظاهرة.

٢-السبب : هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي علىٰ كونه معرفا لحكم شرعي[١١] .

---

(١) انظر : شرح مختصر الروضة: (١/ ٤٢٥).

(٢) انظر : كشف الأسرار: (٤/ ١٨٣) وما بعدها .

(٣) انظر : روضة الناظر: ص(٣٠).

(٤) الآية: (٨٥) من سورة الكهف

(٥) انظر : الإحكام للآمدي (١/ ١٢٨)، ونظرية السبب (ص/ ١٩٦)، وأصول السرخسي (٢/ ٣٠٢).

(٦) الآية: (١٥) من سورة الحج.

(٧) الآية: (٣٦) من سورة غافر.

(٨) الآية: (١٦٦) من سورة البقرة .

(٩) انظر : لسان العرب: (١/ ٤٥٨).

(١٠) انظر : المستصفىٰ للغزالي: (١/ ٩٣).

(١١) انظر : الإحكام للآمدي: (١/ ١٢٧).

=

٣-السبب ما يضاف الحكم إليه لتعلق الحكم به من حيث أنه معرف للحكم أو غيره.[١]

٤-السبب في الشريعة عبارة عما هو طريق إلى شيء من سلكه وصل إليه فناله في طريقه ذلك إلا بالطريق الذي سلكه كمن سلك طريقاً إلى مصر بلغه من ذلك الطريق لا به لكن بمشبه[٢] .

٥-هو ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير فيه[٣] .

ب- أقسام الأسباب :

قسم جمهور الحنفية[٤] السبب باعتبار ما يطلق عليه اسم السبب إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : الأسباب الحقيقية :

«هي ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير أن يضاف إليه وجوب ولا وجود، ولا يعقل فيه معاني العلل لكن يتخلل بينه وبين الحكم علة لاتضاف إلى السبب»[٥] . ويسميه بعض العلماء بالسبب المحض[٦] . قال صاحب التنقيح : «السبب الحقيقي : أن يتوسط بينه وبين الحكم علة هي فعل اختياري غير مضافة إلى السبب»[٧] .

يظهر لنا مما سبق من التعريف : أن السبب الحقيقي هو الطريق الموصل إلى الحكم الذي لا يضاف إليه وجوب الحكم ولا وجوده وضعاً، ولا يعقل تأثيره في الحكم، وتتخلل بينه وبين الحكم علة يضاف الحكم إليها، وأن تلك العلة غير مضافة إلى السبب.

القسم الثاني: السبب في معنى العلة :

وقد يسميه بعض العلماء بالسبب في حكم العلة، وهو ما تضاف إليه العلة المتخللة بينه وبين الحكم من غير أن يكون ذلك السبب موضوعاً لحكم تلك العلة»[٨] وقيل : «هو سبب يضاف العلة المتخللة إليه، لكن لا يكون موضوعاً لحكمها»[٩] .

---

(١) انظر : جمع الجوامع مع شرح المحلي له: (١/ ١٣٢).

(٢) انظر : أصول البزدوي: (٤/ ٢٨٤).

(٣) انظر : التلويح للتفتازاني: (٢/ ١٣٧).

(٤) انظر : كشف الأسرار: (٤/ ٢٩٤)، أصول السرخسي: (٢/ ٣٠٤) ، والتلويح: (٢/ ١٣٧).

(٥) انظر : أصول البزدوي مع كشف الأسرار: (٤/ ٢٩٤).

(٦) انظر : أصول السرخسي: (٢/ ٣٠٤)، والتلويح: (٢/ ١٣٧).

(٧) انظر: التنقيح مع التلويح: (٢/ ١٣٧).

(٨) انظر: كشف الأسرار: (٤/ ٢٩٤)، وأصول الفقه للأستاذ مدكور: ص (٣٤٦).

(٩) انظر: فصول البدائع: (١/ ٢٤٢).

=

القسم الثالث: السبب المجازي:

وهو ما أفضىٰ إلىٰ الحكم في المآل لا في الحال[1] .

وقيل: إنه الأقوال المعلقة علىٰ شرط من طلاق و إعتاق و نذر إذا كان المعلق عليه مما لا يريد المتكلم أن يكون[2] .

القسم الرابع: السبب الذي له شبهة العلة:

هو ما أفضىٰ إلىٰ الحكم وأضيف إليه ثبوتاً عنده مع صحة التراخي أو ثبوتاً به غير موضوع لمتخلل لم يوضع للحكم.

قال صاحب «فصول البدائع» : «سبب له شبهة العلة هو سبب إيجاد شرط العلة، فيضاف الحكم إليه ثبوتاً عنده علىٰ صحة التراخي أو يثبت به غير موضوع لمتخلل لم يوضع للحكم»[3] .

هذا التقسيم الرباعي المذكور ارتضىٰ به البزدوي[4] والسرخسي[5] والنسفي[6] والفناوي[7] و غيرهم. وذكره الأستاذ شاكر الحنبلي[8] والملاجيون[9] وابن ملك[10] وغيرهم .[11]

ثالثاً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة باللفظ المذكور تدل علىٰ أن السبب الذي يقوم الملك به لا يجوز أن يتقدم الملك عليه، لأن الملك يثبت به فالثابت لا يكون متقدماً علىٰ سببه، وذلك لأن مقتضىٰ السبب هو أن يكون متقدماً علىٰ مسببه،

---

(١) انظر: أصول الفقه للأستاذ شاكر الحنبلي: ص (٣٤٨).

(٢) انظر: تيسير التحرير: (٤/ ٥٨)، وأصول الفقه للخضري: ص(٣٦٤).

(٣) انظر: فصول البدائع: (١/ ٢٤٢)، (١/ ٢٤٠).

(٤) انظر : أصول البزدوي: (٤/ ٢٩٤).

(٥) انظر : أصول السرخسي: (٢/ ٣٠٢).

(٦) انظر : كشف الأسرار للنسفي: (٢/ ٢٣٢) .

(٧) انظر : فصول البدائع: (١/ ٢٤٢).

(٨) انظر : أصول الفقه له: ص(٣٤٨-٣٤٧).

(٩) انظر : شرح المنار لابن مالك: (٢/ ٩٠٨).

(١٠) انظر : هو عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين بن فرشتا الكرماني المعروف بابن ملك، فقيه أصولي حنفي،من آثاره شرح المنار في الأصول، مبارك الأزهار في مشارق الأنوار في الحديث، توفي سنة: ٨٠١هـ

انظر: الفوائد البهية ص (١٠٧) و الأعلام: (٤/ ٥٩) و الفتح المبين: (٣/ ٥٠) .

(١١) انظر : كشف الأسرار للنسفي: (٢/ ٢٣٢).

=

وكذلك العكس وهو لا يتصور وجود الملك عند عدم سببه، لأن السبب هو الموجب، فإذا عدم الموجب عدم الموجب وهو الملك.

القاعدة باللفظ المذكور تشير إلى ناحيتين:

الأولى: الملك لا يتقدم على سببه، ولا يقال: إنه ثبت الملك قبل العقد في العقود، ولا يقال بثبوت الملك قبل الأخذ والإحياء في المباحات وهكذا.

الثانية: لا يثبت الملك إذا لم يوجد سبب من أسبابه، فلا يقال في المباحات ثبت الملك بدون سبب وكذلك لا يثبت الملك عند عدم السبب، ويفهم من مدلول القاعدة أيضاً أن دعوى الملك بدون سبب من أسبابه دعوى مجردة لا يثبت بها الملك.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

القاعدة تتعلق بأثر السبب في ثبوت الملك، وهي أقرب من القواعد الفقهية إلى القواعد الأصولية.

والفقهاء رحمهم الله لم يختلفوا في اعتبار هذه القاعدة وصحتها، لأن السبب هو الموجب للملك، ولا يجوز تقدم الملك على سببه، لأن السب يتقدم على المسبب.[1]

قال ابن قدامة: "فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاءه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع، فإن المنع لا يتقدم الممنوع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبت وإن فسخ كبيع المعيب"[2].

واختلفوا في مسألة وهي: إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري هل يكون في ضمان البائع قبل أن يقبضه بحيث لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بالقبض أم أنه يدخل في ضمانه بالعقد سواء قبضه أم لم يقبضه؟

اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن المبيع يكون في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري فإذا قبضه انتقل الضمان إليه بالقبض، وهذا مذهب الحنفية[3]، والشافعية[4].

وذلك لأن موجب العقد انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وذلك يقتضي إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري

---

(١) انظر: المستصفى للغزالي (١/ ٣٠٩)، وحاشية البجيرمي (٣/ ١٧٣)، والمغني لابن قدامة (١٠/ ١٧٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ٢٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٩٩)،والمستصفى للغزالي (١/ ٣٠٩).

وفاء بالعقد؛ لأن الملك لا يثبت لعينه وإنما يثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في المبيع للمشتري إيجاباً لتسليمه له ضرورة.

القول الثاني: هو التفريق بين المكيل والموزون وما في معناهما، فإذا لم يكن المبيع مكيلاً ولا موزوناً فتلف أو نقص أو حدث فيه عيب في مدة الخيار فإنه من ضمان المشتري.

وهذا مذهب الحنابلة[1]. وذلك لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه.

القول الثالث: إن الضمان ينتقل إلى المشتري إلا في موا ضع منها ما بيع على الخيار وما بيع من الثمار قبل كمال طيبه.[2]

لعل القول الأول أولى من غيره لأن الحكم قد يتقدم على سببه.[3]

والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة :

تندرج تحت القاعدة مسائل فقهية من أسباب الملك، منها :

١-**منها**: لا يملك الشفيع الشفعة إذا انفسخ العقد قبل تمامه كما أنه لا يملك الشفعة على المبيع الذي فيه الخيار إذا كان الخيار للبائع وحده[4].

٢-**ومنها**: المرأة لا تملك الصداق قبل عقد النكاح فإذا حصلت الزيادة بعد العقد فهل تلحق بالصداق أم لا؟ اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول : تملك الزيادة مع الصداق وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة[5].

واستدلوا بما يأتي :

١-بقوله تعالى : ﴿ ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ ﭺ ﭻﭼ﴾[6].

٢-ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر، فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والإجارة[7].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٣)، والشرح الكبير للمقدسي (٤/ ١١٧-١١٦).

(٢) انظر: القوانين الفقهية (ص١٦٤)، وجواهر الإكليل (٢/ ٥٣).

(٣) انظر: المستصفى للغزالي (١/ ٣٠٩).

(٤) انظر : حاشية البجيرمي: (٣/ ١٧٣).

(٥) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٧٨).

(٦) الآية: (٢٤) من سورة النساء.

(٧) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٧٩).

القول الثاني: لا تلحق الزيادة بالعقد، فإن زادها فهي هبة تفتقر إلىٰ شروط الهبة، وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة. وهذا مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد(١) .

وذلك لأن الزوج ملك البضع بالمسمىٰ في العقد، فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا تكون عوضاً في النكاح كما لو وهبها شيئاً.

ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه، فلم يلحق به كما في البيع(٢) .

٣-ومنها: لا يجوز بيع الكلأ؛ لأنه من المباحات غير المملوكة ولو كانت الأرض مملوكة؛ لأنه من شرط صحة البيع أن يكون المبيع مملوكاً في نفسه، والكلأ لم يسبق إليه سبب للملك.(٣)

٤-ومنها: لا يملك المرتهن المرهون بمجرد عقد الرهن، لأن عقد الرهن ليس سبباً لثبوت الملك في الشيء المرهون.

٥-ومنها: الإبراء قبل وجود السبب هل يصح أم لا؟

اتفق الفقهاء علىٰ صحة الإبراء بعد وجود السبب(٤)؛ لأنه هو الأصل، إذ لا يصح تقدم الحكم علىٰ سببه؛ ولأنه يشترط لصحة الإبراء أن يقع بعد وجوب الحق المبرأ منه، أو وجود سببه؛ لأن الإبراء إسقاط لما في الذمة، ويكون ذلك بعد انشغالها.

واختلفوا في صحة الإبراء قبل وجود السبب أو قبل وجوب الحق، علىٰ قولين:

القول الأول: لا يصح الإبراء قبل وجود السبب وهو مذهب الجمهور.(٥)

لأن الإبراء إسقاط ما في الذمة، ولا معنىٰ لإسقاط ما هو ساقط فعلاً.

القول الثاني: صحة الإبراء قبل وجود السبب وهو التصرف الذي ينشأ به الحق المبرأ منه، مثل إسقاط المرأة عن زوجها نفقة المستقبل، وهو القول الراجح عند المالكية(٦).

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٧٨).

(٢) انظر : المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٧٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٦)، وحاشية القليوبي (٢/ ١٦٠).

(٤) انظر: شرح فتح القدير (٧/ ٤١)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٨٩)، وحاشية القليوبي (٤/ ٨٣)، والفتاوىٰ الكبرىٰ لابن حجر (٣/ ٧٩)، والفروع (٤/ ١٩٥)، وشرح منتهىٰ الإرادات (٢/ ٥٢١).

(٥) انظر: المراجع السابقة وكذلك كشاف القناع (٤/ ٢٥٦).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٨٩)، وفتح العلي المالك (١/ ٣٢٢) ط. البابي الحلبي.

=

الذي يظهر لي هو القول بعدم صحة الإبراء قبل وجود السبب وكذلك قبل وجوب الحق وذلك لدلالة النص عليه[1]، ولأنه ما لم يجب ساقطاً فلا معنىٰ لإسقاطه[2].

سادساً: الفروع المخرجة علىٰ هذه القاعدة.

١- الإبراء عن نفقة الزوجية قبل فرضها أي القضاء بتقديرها، فلا يصح لأنه إبراء قبل الوجوب.[3]

٢- إبراء المفوضة عن مهرها قبل التقدير والدخول

٣- الإبراء عن المتعة قبل الطلاق لعدم الوجوب.

٤- إجازة الوارث الوصية للوارث أو الوصية بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي.

٥- إسقاط الشفيع شفعته قبل الشراء.[4]

هذه أمثلة علىٰ تطبيقات القاعدة، وهي تؤكد صحة القاعدة واعتبارها لدىٰ الفقهاء أيضاً.

---

(١) كقوله صلىٰ الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك" والإبراء في معناهما.

الحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٦٤٠)، برقم (٢١٩٠)، قال ابن حجر: سنده حسن وله طرق أخرىٰ. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢١٠)، وفيض القدير (٦/ ٤٣٢)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٦/ ١٧٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٩٠).

(٣) انظر: الحاشية ابن عابدين :(٢/ ٦٥٣) و الفتاوىٰ الهندية: (٣/ ٩٥) و فتح العلي الملك: (١/ ٣٢٢) و الفروع: (٤/ ١٩٥).

(٤) انظر : المصادر السابقة.

المبحث الثالث: قاعدة: الحرام لا يَصْلُح سبباً لثبوت الملك

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بالأسباب الناقلة للملك، وهي بمنطوقها ونصها تشتمل على ما لا ينتهض موجباً للملك لكونه محرماً أو غير معتبر شرعاً، وهي بفحواها تدل على أن الأسباب الناقلة للملك لا بد لها من اعتبار شرعي، ومن صفاتها أن تكون حلالاً مباحاً وإلا لا تقوم موجبةً للملك في الشريعة. فالقاعدة باللفظ المذكور تشير إلى مسألة وهي أن الأفعال المحرمة هل هي موجبة للملك أم لا ؟ كما أنها تتضمن كيفية ثبوت الملك في الأشياء المحرمة بأعيانها .

ودراسة القاعدة تتكون من الفقرات التالية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة من القواعد التي أشار إليها فقهاء الحنفية، وهي بالصيغة المذكورة جاءت في بدائع الصنائع[١]، قال: «والمنهي عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك؛ لأن الملك نعمة، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة، ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم...» .

وهناك نصوص تؤكد هذا المعنى . قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- : «قال عمر بن الخطاب ﷺ: «**لا تأكلوا خل خمر إلا خمراً بدأ الله بفسادها**» ولا جناح على مسلم أن يشتري خل خمرٍ من أهل الكتاب، ما لم يعلم أنهم تعمدوا فسادها، وذلك لأن اقتناء الخمر محرم، فمتى قَصَدَ باقتنائها التخليل كان قد فَعَل محرماً، والفعل المحرم لا يكون سبباً للحل والإباحة»[٢] .

وجاء في المبدع ما يفيد هذا المعنى: «ومن أمن نفسه عليها، وقوى على تعريفها فله أخذها، والأفضل تركها، وعند أبي الخطاب: إن وجدها بمضيعةٍ فالأفضل: أخذها، ولو نوى تملكها في الحال، أو كتمانها، فإن فعل فحكمها كغاصب سواء تلفت بتفريطه أو لا، ولم يملكها وإن عرفها؛ لأنّ السبب المحرم لا يفيد المِلْكَ بدليل السرقة، والتقاط هذه محرم، فلا يستفاد به الملك . وقيل: تملك؛ لأن الملك بالتعريف والالتقاط، وقد وجدا كالاصطياد من أرض غيره»[٣] .

وفي كشاف القناع عن متن الإقناع[٤]: «ولم يملكها أي (اللقطة)، إذا أخذها وهو لا يأمن نفسه عليها أو نوى تملكها في الحال أو كتمانها وإن عَرَّفها؛ لأن السبب المحرم لا يفيد الملك بدليل السرقة...» .

ومن ثنايا هذه العبارات وما في معناها يظهر لنا أن السبب المحرم لا يكون مفيداً للملك وهو مدلول لهذه

---

(١) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩) .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: (٢١/ ٤٨٤، ٥٠٣) .

(٣) المبدع لابن مفلح: (٥/ ٢٧٧) .

(٤) كشاف القناع: (٣/ ٤٢٣) .

القاعدة.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

دراسة مفردات القاعدة تأتي على الترتيب الآتي:

أ- معنى الحرام لغة واصطلاحاً:

١-**الحرام لغة**: وهو ضد الحلال[١]، والحرام هو المنع، مِن حرُم يحرُم حرماً، وحرمة وحراماً إذا امتنع[٢] والحرام هو الممنوع من فعله[٣] ومنه قوله تعالى: ﴿ ۇ ۇ ۆ﴾[٤] وكذلك المحرَّم، ومنه حَرّم الشيء إذا جعله حراماً[٥]. ومنه قوله تعالى: ﴿ڳ ڳ ڳ ڳ ں ں ڻ ڻ ڻ﴾[٦] والممنوع فعله يسمى حراماً تسمية بالمصدر[٧].

٢-الحرام اصطلاحاً:

الحرام والمحرم بمعنىً، وهو من حيث ذاته: ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً، وهو من حيث أثره المترتب عليه ما يذم فاعله شرعاً قصداً من حيث هو فعل[٨] ومن أسمائه القبيح، والمنهي عنه والمحظور قال الكفوي: «المحظور: ما هو الممنوع شرعاً، والحرام عامٌ فيما كان ممنوعاً عنه بالقهر والحكم»[٩]، وقيل: الحرام يكون مؤبداً، والمحظور قد يكون إلى غاية[١٠].

ب- المقصود بالحرام في القاعدة:

المقصود بالحرام في القاعدة هو الفعل المحرم، وفعل الحرام يتناول كل شيء صادر من الشخص سواء أكان من الأقوال المحرمة كالغيبة والنميمة وغيرهما، أم من الأعمال القلبية كالحقد والحسد ونحوهما أم من أفعال

---

(١) انظر: الصحاح للجوهري: (٥/ ١٨٩٥)، والقاموس المحيط: ص(١٤١١)، والمصباح المنير: ص(٥١)، والمعجم الوسيط: (١/ ١٦٨-١٦٩).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣)انظر: القاموس المحيط: ص(١٤١١).

(٤) الآية: (١٢) من سورة القصص.

(٥) القاموس المحيط: ص(١٤١١).

(٦) الآية: (١٤٥) من سورة الأنعام.

(٧) انظر: المصباح المنير: ص(٥١).

(٨) انظر: تعريف الحرام في البحر المحيط: (١/ ٢٥٥)، ومذكرة الشيخ الشنقيطي: ص(٢٢)، والمنتهى: ص(٣٧)، والتعريفات الفقهية: ص(٧٨)، والمنهاج مع شرح الإسنوي: (١/ ٦٠).

(٩) الكليات للكفوي: ص(٤٠٠).

(١٠) انظر: البحر المحيط للزركشي: (١/ ٢٥٥).

=

الجوارح كالسرقة وشرب الخمر والزنا[١].

والحرام يمكن أن يكون صفة للفعل، وصفة للعين، قال الكفوي: يقال: فعل حرام: أي منع عنا تحصيلاً واكتساباً وعين حرام أي منع عنا التصرف ... والحرام الممنوع منه إما بتسخير إلهي كقوله تعالىٰ: ﴿ﭼ ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ﴾[٢] وإما بمنع بشري كقوله تعالىٰ: ﴿ﯙ ﯚ ﯛ﴾[٣] وإما بمنع من جهة العقل كقوله: ﴿ﮈ ﮉ ﮊ﴾[٤] أو من جهة الشرع كتحريم بيع الطعام متفاضلاً ... والأعيان توصف بالحل والحرمة ونحوهما حقيقة، كالأفعال لا فرق بينهما، وعلىٰ هذا لا يصح قول من قال[٥]:

إن المعاني الشرعية ليست من صفات الأعيان بل هي من صفات التعلق وصفة التعلق لا تعود إلىٰ وصف في الذات، فليس معنىٰ قولنا: الخمر حرام ذاتها، وإنما التحريم راجع إلىٰ قول الشرع في النهي عن شربها، وذاتها لم تتغير[٦] ...» وجاء في كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري[٧] ما يأصل هذا: «والنهي المطلق نوعان أي المطلق عن القرينة الدالة علىٰ أن المنهي عنه قبيح لعينه أو لغيره ... فهي عن الأفعال الحسية وهي التي تعرف حسياً ولا يتوقف حصولها وتحققها علىٰ الشرع، فالنهي عنها دلالة علىٰ كونها قبيحة في أنفسها لمعنىٰ في أعيانها بلا خلافٍ إلا إذا قام الدليل علىٰ خلاف.

ونهي عن التصرفات الشرعية وهي التي يتوقع حصولها، وتحققها علىٰ الشرع والنهي عنها يقتضي قُبْحاً لمعنىٰ في غير المنهي عنه لكن متصلاً به حتىٰ يبقىٰ المنهي مشروعاً مع إطلاق النهي وحقيقته».

فالحرام يعم الأعيان المحرمة والتصرفات الشرعية المحرمة، وليس المقصود به في القاعدة الحكم التكليفي فحسب بل يشمل الفعل المترتب عليه الحكم. والله أعلم بالصواب.

ج-أقسام الحرام:

يقسم فقهاء الحنفية[٨] الحرام إلىٰ قسمين: هما:

---

(١) انظر: المدخل إلىٰ مذهب أحمد: ص(٦٢).

(٢) الآية: (٧٢) من سورة المائدة.

(٣) الآية: (١٢) من سورة القصص.

(٤) الآية: (١٥٧) من سورة الأعراف.

(٥) وهو قول الأشاعرة. انظر: كشف الأسرار: (١/ ٥٢٦)، والكليات: ص(٤٠٥).

(٦) الكليات للكفوي: ص(٤٠٥-٤٠٤) بتصرف.

(٧) كشف الأسرار للبخاري: (١/ ٥٢٦). بتصرف وحذف.

(٨) انظر: التلويح على التوضيح: (٢/ ١٢٦) مرآة الأصول لملا خسرو: (٢/ ٣٩٤)، ومباحث الحكم: ص(١٠٠).

الأول: الحرام لذاته: هو ما حكم الشارع بتحريمه ابتداءً ومن أول الأمر، وذلك لما اشتمل عليه من مفسدة راجعة إلى ذاته كالزنا، والسرقة، والصلاة بغير طهارة، وأكل الميتة ونحو ذلك مما اشتمل على مفسدةٍ ومضرةٍ فالتحريم وارد هنا ابتداءً على الفعل نفسه لا لشيء آخر، وحكمه أنه غير مشروع أصلاً، وإذا فعله المكلف وقع باطلاً، فلا يترتب عليه أثر من الآثار المحمودة، والمنافع المقصودة، فالزنا مثلاً - لا يصلح سبباً لحل الاستمتاع وهو ملك الانتفاع وإن وقع برضا من الزاني والزانية، ولذلك لا يصلح سبباً لثبوت النسب والإرث، والسرقة لا تصلح سبباً لثبوت الملك، وزواج المحارم لا يثبت النسب والإرث، وبيع الميتة لا يصح سبباً لإفادة الملك لكونه باطلاً .

الثاني: الحرام لغيره: وهو ما يكون مشروعاً في الأصل واقترن به عارض اقتضى تحريمه، كالصلاة في ثوب مغصوب، والبيع الذي فيه غش أو البيع وقت النداء لصلاة الجمع، وصوم يوم العيد . ونحو ذلك مما طرأ عليه التحريم لعارض . أما أصل الفعل فقد يكون واجباً أو مندوباً أو مباحاً إلا أنه لاقترانه بأمر خارجي جعل حراماً . فالفعل ذاته لا مفسدة فيه ولا مضرة ولكن اعترض ما جعله مفسدة ومضرة، فصوم يوم العيد حرام مع أن الصيام مشروع بحسب الأصل . وسبب الحرمة الطارئة هو الإعراض عن ضيافة الله ... وهكذا .

وحكمه أنه مشروع بأصله وذاته وغير مشروع بوصفه، وعلى هذا فهو عند فقهاء الحنفية يصلح سبباً شرعياً، وتترتب عليه آثاره؛ لأن التحريم عارض له وليس أصلياً .

وعلى هذا البيع المشتمل على الربا أو على شرط فاسد هو من قبيل البيوع الفاسدة عندهم لا من قبيل الباطلة، فإذا نفذ مقتضى العقد ثبت الملك في العوضين لكل من العاقدين[1] .

بناءً على التقرير السابق يظهر لنا أن الحرام لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت الملك هو الحرام لذاته عند فقهاء الحنفية لا الحرام لغيره، وانبنى على هذا الأصل والتفريق خلافهم مع غيرهم في قاعدة العقد الفاسد يفيد الملك بعد القبض وقاعدتهم: البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيده أصلاً[2].

والله أعلم بالصواب .

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

---

(١) انظر تفصيل الكلام في مسلم الثبوت: (١/ ٧٠)، وأصول الفقه للخضري: ص(٤٨)، ومباحث الحكم: ص(١٠٠)، ومحاضرات في أصول الفقه للأستاذ محمد البنا: ص(٣٤) .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٩٧)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٤٣) .

تدل هذه القاعدة بمنطوقها ومدلولها على قيد من قيود الأسباب الناقلة للملك، وهو أن الأسباب الناقلة للملك لا بد أن تكون مباحة مشروعة وإلا فالأسباب المحرمة لا تصلح أن تكون موجبةً للملك، والقاعدة تدل أيضاً على أن الأعيان المحرمة، والتصرفات الشرعية المحرمة لا تكون موجبة للمِلْك وكذلك لا يثبت الملك فيها لسبب النهي شرعاً.

وهي تتضمن أن الحرام لا يترتب عليه أثر من الآثار الشرعية لفساد المنهي عنه، إلا أن فقهاء الحنفية اشترطوا لهذا الحكم شرطين هما:

الأول: أن يكون الحرام حراماً لذاته لا لغيره .

الثاني: أن لا يتعلق به نفوذ مقتضى العقد .

وهي بمفهومها تشير إلى أن العبرة في ثبوت الملك بالأفعال المباحة والأسباب المشروعة كالإحياء والإحراز والعقد الصحيح، والوصية والصدقة ونحو ذلك وليست العبرة فيه بالأفعال المحرمة وهي لا تنتهض موجبة للأثر الشرعي لفسادها . والله أعلم .

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة، والأدلة عليها:

هذه القاعدة وإن كانت مما نص عليه فقهاء الحنفية فهي من القواعد المتفق عليها في الجملة[1] ويشهد لهذه القاعدة ولاعتبارها لدى الفقهاء الفروع الفقهية التي تنطبق على هذه القاعدة .

جاء في فتح باب العناية[2]: «وما قطع السارق به إن بقي ولو في يد من بَاعَه السارق أو وهَبَه له، رد إلى المالك إجماعاً، ويبطل البيع أو الهبة إن كان؛ لأنه بالسرقة لم يزل عن ملكه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به» .

وقال في جواهر الإكليل[3]: «لا يقطع بسرقة ملكه أي السارق من مرتهن له متوثق به في دينه، ولا يقطع بسرقة ملكه من مستأجر كملكه النصاب بإرث أو هبة أو شراء قبل خروجه أي النصاب من حرزه فلا يقطع، ومفهومه إن ملكه بعد خروجه من حرزه فإنه يقطع؛ لكونها من مال شخصٍ محترم» .

قال الماوردي في الحاوي[4]: «هذا كما قال: إذا ملك السارق السرقة بعد إخراجها من حرزها ووجوب القطع

---

(١) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٩٠)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٣٠٢)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ٤٥٣-٤٥٤) .

(٢) فتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤) .

(٣) جواهر الإكليل: (٢/ ٢٩٠) بتصرف .

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٠٣-٣٠٢) بتصرف .

=

فيها إما بهبةٍ أو ابتياعٍ أو ميراثٍ لم يسـقط عنه القطع... لأن ما حدث في المسـروق بعد وجوب القطع فيه لم يمنع من استيفائه لنقصه أو تلفه ولأن الهبة توجب سقوط المطالبة بالمسروق فوَجَب أن لا يمنع من استيفاء ما وجب فيه من القطع قياساً على رده، والإبراء منه، ولأنه ملك حدث بعد وجود الحد فوَجَبَ أن لا يسقط به الحد قياساً على ما لو زنا بأمة ثم ابتاعها، أو بحُرَّة ثم تزوجها ... » .

وجاء في المغني[1] ما يفيد هذا المعنى أيضـا: قال: «لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية . فأما إن كانت تالفةً فعلى السـارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثليه قطع أو لم يقطع ... » .

هذه العبارات وما في معناها تدل صراحة على أن القاعدة المذكورة مما اعتبرها الفقهاء في ثبوت الملك . وهناك أدلة توضح المطلوب أو ضح بيان .

ومن تلك الأدلة ما يأتي:

١-حديث عائشـة <: أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقّاصٍ عهد إلى أخيه سـعد بن أبي وقّاصٍ أنّ ابن وليدة زمعة منّي فاقبضه، قالت: فلمّا كان عام الفتح أخذه سعدٌ، وقال: ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه فقام عبد ابن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول اللهّ ﷺ . فقال سعدٌ: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، فقال عبد ابن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشـه، فقال رسـول اللهّ ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة، ثمّ قال رسـول اللهّ ﷺ: **الولد للفراش وللعاهر الحجر،** ثمّ قال لسـودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ: **احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقّاصٍ،** قالت: فما رآها حتّى لقي الله»[2] .

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ لم يعتبر الزنا وهو الفعل المحرم سبباً لثبوت حل الاستمتاع، والنسب والإرث، وإنما جعل الفراش سبباً لثبوت النسب والآثار الشرعية الأخرى لكونه مباحاً حلالاً .

٢-وبحديث جابر بن عبد الله { أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير، والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناسُ؟ فقال: لا، هو حرام ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: **قاتل الله اليهود إن الله تعالى لما**

(١) المغني لابن قدامة: (١٣/ ٤٥٤) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صـحيحه: (٣/ ٧٠، ١٠٦، ١٦١) في باب تفسـير المشـتبهات، وباب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه من كتاب البيوع . ومسلم في صحيحه: (٢/ ١٠٨١-١٠٨٠) في باب الولد للفراش وتوقي الشبهات من كتاب الرضاع .
=

حرَّم عليهم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه»[١] .

وجه الدلالة منه أن النبي ﷺ أخبر بأن بيع شحوم الميتة حرام، فلا يترتب عليه أثر من الآثار الشرعية وهو ثبوت الملك في الثمن، فإن ثمنه لا يملك لكونه فعلاً محرماً شرعاً .

قال الصنعاني: «وفي الحديث دليل على أنه إذا حرم بيع شيء حرم ثمنه، وأن كل حيلة يتوصل بها إلى تحليل محرم فهي باطلة»[٢] .

٣-ويؤيد هذا المعنى ما رواه عن عبد الرحمن بن وعلة السبأي[٣] -من أهل مصر- أنه سأل عبد الله بن عباس عما يعصر من العنب؟ فقال ابن عباس: «إن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ **هل علمت أن الله قد حرمها؟** قال: لا، فسارّ إنساناً فقال له رسول الله ﷺ بما ساررته؟ فقال: أمرته ببيعها فقال: **إن الذي حرّم شربها حرم بيعها**، قال: ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها»[٤] .

وجه الدلالة من الحديث: أن العين المحرمة لا تصلح سبباً للملك ويكون بيعها وثمنها حراماً كأصلها؛ لأن بيع الحرام حرام، ولا يترتب عليه ثبوت الملك في الثمن . -والله أعلم- .

٤-ويؤكد هذا المطلب ما رواه ابن عباس { عن النبي ﷺ قال: «**إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه**»[٥] .

وجه الدلالة من الحديث: أنه يدل على أن الحرام لا يقوم سبباً يحلل ثمن الشيء الحرام لمن تعامل به، وبالتالي لا يثبت فيه الملك له .

٥-ولأن الملك نعمة، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة[٦] .

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ٤٢٤) في باب بيع الميتة والأصنام من كتاب البيوع برقم: (٢٢٣٦)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٠٢٧) في باب تحريم بيع الخمر والميتة من كتاب المساقاة برقم: (١٥٨١) .

(٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام: (٣/ ١٣) .

(٣) هو عبد الرحمن بن وَعْلَة، ويقال: ابن السميفع بن وعلة المصري السبأي، روى عن ابن عباس وغيره، وثقه النسائي، قال ابن حجر: صدوق من الرابعة .

انظر: تهذيب التهذيب: (٣/ ٤٣٤) برقم: (٤٦٢٤)، وتقريب التهذيب: (٢/ ٥٩٥) .

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١١/ ٥) في باب تحريم بيع الخمر من كتاب المساقاة برقم: (٤٠١٩) .

(٥) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه: (٣/ ٧) في كتاب البيوع برقم: (٢٧٩١)، وأخرجه الإمام أحمد في المسند: (١/ ٢٤٧) عن عبد الحميد بن بيان به، وابن الجعد في مسنده: (١/ ٤٧٩) عن جابر ﷺ ، وابن عبد البر في التمهيد: (١٧/ ٤٠٣)، قال محقق سنن الدراقطني: «إسناده صحيح» .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٢) .

=

٦-ولأن انتفاء مشروعية السبب لكونه محظوراً يلزم انتفاء المسبب وهو الملك في المبيع أو فيما معناه[١] .

خامساً: المسائل الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

هذه القاعدة تحوي في طياتها مسائل فرعية كثيرة تتعلق بالبياعات الباطلة، أذكره هنا جملة منها على سبيل الأمثلة:

١-**منها**: مسألة السرقة هل تفيد الملك في المال المسروق أم لا؟ يأتي بيان المسألة على النحو التالي:

أولاً: السرقة لا تكون سبباً لثبوت الملك في المال المسروق، وهي لا تفيد الملك بغير خلافٍ بين الفقهاء[٢] .

وذلك أن ملك المسروق منه لم يزل عنه بالسرقة بدليل وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقيةً[٣] . ووجوب تضمينها إذا كانت تالفة[٤] ولأن السارق لا يسقط عنه القطع وإن وهبت له السرقة بعد إخراجها، هذا يدل على أن العين المسروقة لا يصير بالسرقة ملكه؛ لأنه لو صارت ملكه لما قطع في عين هو ملكه، وكذا إنها لا تنقل شبهة الملك أيضاً .

ويؤيد هذا المعنى ما رواه ابن صفوان[٥] عن أبي صفوان بن أمية أنه نَامَ في المسجد وتوسد رداءه فأخذ من تحت رأسه، فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ، فأمر به النبي ﷺ أن يقطع، فقال صفوان: يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «**فهلا قبل أن تأتيني به**»[٦] .

ثانياً: هل التضمين في العين المسروقة إذا كانت مستهلكة يفيد الملك للسارق أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

---

(١) انظر: فتح القدير: (٦/ ٤٢٢) .

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣٩٢)، وفتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٩٠)، والمنتقى على الموطأ: (٧/ ١٦٢)، والمهذب: (٢/ ٢٨٢)، والحاوي الكبير للماوردي: (١٣/ ٣٠٢)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٦١)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤)، وكشاف القناع: (٣/ ٤٢٣) .

(٣) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤) .

(٥) هو عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف أبو صفوان الجمحي المكي، كان سيد أهل مكة في زمانه، لحلمه وسنائه وعقله. قتل مع ابن الزبير وهو متعلق بالأستار .
انظر: أسد الغابة: (٣/ ١٨٥)، وتهذيب التهذيب: (٥/ ٢٦٥)، وسير أعلام النبلاء: (٤/ ١٥٠) وما بعدها .

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٤٥٠)، في باب في من سرق من حرز من كتاب الحدود، والنسائي في سننه: (٨/ ٦١، ٦٢) في باب ما يكون حرزاً وما لا يكون من كتاب قطع السارق، وابن ماجة في سننه: (٢/ ٦٦٦-٤٦٥) في باب من سرق من الحرز من كتاب الحدود، والدارمي في سننه: (٢/ ١٧٢) في باب السارق بوهب منه السرقة، بعدما سرق من كتاب الحدود ، والحديث صحيح، انظر: إرواء الغليل: (٧/ ٣٤٥) .

=

القول الأول: إن تضـمين العين المسـروقة لا يقتضي ثبوت الملك في المال المسـروق بل يجب القطع لأجل السرقة، ويجب رد العين إذا كانت باقية أو رد قيمة المسروق إن كان قيمياً ورد مثله إن كان مثلياً .

هذا مذهب جمهور الفقهاء، منهم المالكية[١]، والشـافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وبه قال الحسـن والنخعي، وحماد، والبتي والليث وإسحاق وأبو ثور[٤] .

إلا أن المالكية فرقوا بين حالتي السـارق، فقالوا: إن كان السـارق موسراً عند القطع وجب عليه القطع والغرم، وإن كان معسراً يجب القطع فقط ويسقط الغرم[٥] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ﴾[٦] . وجه الدلالة منها أن ظاهرها يتقضي وجوب القطع وإن أغرَمَ[٧] .

٢-قوله ﷻ: ﴿ٿ ٹ ٹ﴾ يعود إلى الفعل دون المال؛ لأن المال لا يدخل في كسـبهما وهذا يدل على أن القطع لأجل الفعل، والتضمين لأجل المال[٨] .

٣-ولأن المضمونات لا تملك بالضمان، فيجتمع القطع والضمان لتعدد السبب، وعدم إسناد الضمان إلى وقت الأخذ[٩] .

٤-ولأن القطع والغرم حقان يجبان لمسـتحقين، فجاز اجتماعهما، كالجزاء والقيمة في العبد الحربي المملوك . فالضمان يجب لحق الآدمي، والقطع يجب لحق الله تعالى فلا يمنع أحدهما الآخر .

٥-ولأن من غصـب جارية فزنا بها وجب عليه الحد، ويردها إن كانت باقيةً وَيُردُّ قيمتها إن كانت تالفة، فيجمع عليه بين الحدود والغرم كذلك في السرقة[١٠] .

القول الثاني: لا يجتمع الغرم والقطع، وإن غرمها قبل القطع سقط القطع، وإن قطع قبل الغرم سقط الغرمُ؛

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٩٤)، وبداية المجتهد: (٢/ ٤٤٢)، والقوانين الفقهية: ص(٣٦٠) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٢)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٧٧)، والمهذب: (٢/ ٢٨٤) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٣/ ٤٥٤)، وغاية المنتهى: (٣/ ٣٣٧) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤)، وفتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤) .

(٥) انظر: تفصيل المسألة في حاشية الدسوقي: (٤/ ٣٤٧) .

(٦) الآية: (٣٨) من سورة المائدة .

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٣) .

(٨) انظر: المصدر السابق .

(٩) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص(١٠٧) .

(١٠) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٣) .

لأن الغرم يقتضي الملك أو ينقل شبهة الملك في المال المسروق .

وهذا مذهب الحنفية(١)، وبه قال الثوري(٢) .

واستدل أصحاب هذا القول بأوجه من الأدلة منها:

١-قوله تعالى: ﴿ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ﴾(٣).

وجه الاستدلال بالآية من وجهين:

أحدهما: إن الله ﷻ سمى القطع جزاءً، والجزاء يبني على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافياً، فلم يكن جزاءً تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف في الخبر(٤) .

والثاني: أنه جعل القطع كل الجزاء، لأنه عز شأنه ذكره، ولم يذكره غيره، فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء، فيكون نسخاً لنص الكتاب العزيز(٥) .

أجيب عن هذا الاستدلال بأن ظاهر الآية يقتضي حتمية القطع وإن أغرم، ولأن قوله ﴿ ٹ ٹ ٹ﴾ يدل على أن القطع لسبب السرقة لا لأجل المال، ولهذا إذا كانت العين باقية فإنها ترد على مالكها، ويقطع سارقها بإجماع(٦) .

٢-ما روى النسائي(٧) عن عبد الرحمن بن عوف ﷺ عن رسول الله ﷺ قال: «**إذا قُطِع السارق فلا غُرْمَ عليه**» .

وهذا نص في الباب: أجيب عن هذا الحديث بأنه حديث ضعيف لا تقوم به الحجة(٨) .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٤)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٣٩٨) وما بعدها، وفتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤)، وفتح باب العناية: (٣/ ٢٥٤) .

(٣) الآية: (٣٨) من سورة المائدة .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٤) .

(٥) انظر: المصدر السابق .

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٣)، والمغني: (١٢/ ٤٥٤)، والتمهيد: (١٤/ ٣٨٣) .

(٧) الحديث أخرجه النسائي في سننه: (٢/ ٢٦٢)، في كتاب قطع السارق، وكذلك الدارقطني في سننه: (٣/ ١٨٢)، في كتاب الحدود، والبيهقي في سننه: (٨/ ٢٧٧)، كلهم من حديث المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف به، قال النسائي: «وهذا مرسل، وليس بثابت»، وجاء في نصب الراية: (٣/ ٣٧٦-٣٧٥)، ورواه البزار والطبراني في الأوسط، وقالا: «المسور لم يسمع ابن عوف»، وزاد الطبراني: «وهو غير متصل»، وكذا ذكره ابن أبي حاتم في العلل: (١/ ٤٥٢).

(٨) انظر: التمهيد لابن عبد البر: (١٤/ ٣٨٣)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٣)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤) .

قال ابن عبد البر: الحديث ليس بالقوي[١]، جاء في فتح القدير[٢]: «فإن صح إسناده فهو مرسل، وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته».

قال في الحاوي[٣]: «ولو صح هذا الخبر لكان محمولاً على أحد وجهين:

الأول: أنه لا غرم عليه لأجرة قاطعه؛ لأنها في بيت المال، وأيده ابن قدامة في المغني بقوله: «يحتمل أنه أرادَ ليس عليه أجرة القاطع[٤][٥]».

والثاني: أن العقوبات قبل الحدود كانت بالغرامات، فلما فرضت الحدود سقط الغرمُ فكان قوله: إذا قطع السارق فلا غرم عليه إشارة إلى الغرم الذي كان حداً».

٣-إن المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ، فلو ضمنّا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ، فتبين أنه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز[٦]؛ لأن التضمين يقتضي التمليك، والملك يمنع القطع، فلا يجمع بينهما[٧].

٤-ولأن الضمان إنما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقاً للمالك، فيجب أن يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداءً بالمثل في العدوانات، والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوماً حقاً للمالك بدلالة وجوب القطع، ولو بقي معصوماً للمالك لما وجب؛ إذ الثابت حقاً للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة المسروق منه، فتتمكن فيه شبهة الإباحة، وإنها تمنع وجوب القطع، والقطع واجب، فينتفي الضمان ضرورة إلا أنه وجب رد المسروق حال قيامه؛ لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى أن من غصب خمرًا لمسلم يؤمر بالرد إليه لقيام ملكه فيها، ولو هلكت في يد الغاصب لا ضمانَ عليه لعدم العصمة، فلم يكن من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقاً للعبد زوال ملكه عن المحل[٨].

٥-إنه فعل يتعلق به وجوب الحد، فلم يتعلق به وجوب المال، كالزنا بمطاوعة لا يجمع فيه بين الحد والمهر[٩].

---

(١) التمهيد لابن عبد البر: (١٤/ ٣٨٣).

(٢) شرح فتح القدير: (٥/ ٣٩٩).

(٣) الحاوي الكبير للماوردي: (١٣/ ٣٤٣).

(٤) المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤).

(٥) قال في فتح القدير: «هذا الاحتمال مدفوع بما رواه البزار: (لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد)».

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٥-٨٤).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٥٤).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٥).

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣٤٣).

=

أجيب عن القياس على المطاوعة بالزنا بأنها بذلت نفسها، وأسقطت مهرها .
٦-ولأن ا ستهلاك المال يمنع من الجمع بين الغرم والقطع كالغ صب، وتحريره قيا ساً: أن ا ستهلاك المال في السرقة قياس على الغصب(١) .

ويلاحظ مما سبق أن منشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم في هذه المسألة هو قاعدة تملك المضمون عن الحنفية، وهي أن المضمونات تملك بالضمان، ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان، فكان المسروق عند أداء الضمان يصير مملوكاً للسارق عنده، فلهذا لا يجتمع عندهم القطع والضمان(٢) .

الذي يظهر لي هو القول بعدم ثبوت الملك في المسروق؛ لأن ملك المسروق منه لم يزل عنه بالسرقة قيا ساً على الغصب، ولأن الغرم وجب باستهلاك العين فليس له أن يتملكه بعد أداء الضمان؛ وذلك لأن العين المستهلكة لا تملك، وإنما يجب الضمان فيها لأجل حق الآدمي . والله أعلم بالصواب .

ثالثاً: يد السارق على العين المسروقة هل هي يد ضمان أو يد أمانة أو يد ملك؟ وتتصور هذه المسألة في ما إذا غصب رجل مالاً أو سرقه، وأحرزه في حرز لنفسه فسرق منه هل يقطع سارقه أم لا(٣)؟

اختلفوا في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا قطع عليه، وهو مذهب الحنابلة(٤)، وقول للشافعية(٥) .

وذلك لأن يد السارق ليست بيد صحيحة، إذ هي ليست يد ملك، ولا يد أمانة، ولا يد ضمان فكان الأخذ منه كالأخذ من الطريق(٦) .

ولأنه لم يسرق المال من مالكه، ولا ممن يقوم مقامه فأشبه ما لو وجده ضائعاً فأخذه، وفارق السارق من المالك ونائبه، فإنه أزال يده وسرق من حرزه(٧) .

---

(١) انظر: المصدر السابق .

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣٩٩) .

(٣) انظر تفصيل المسألة في شرح فتح القدير: (٥/ ٣٩١-٣٩٠)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٣١٢)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٣) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٣) .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣١٢) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٠) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٣)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٣١٢) .

القول الثاني: يجب عليه القطع، وهذا مذهب المالكية[١]، وهو قول للشافعية، وعليه المذهب[٢].

وذلك لأنه سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه[٣] .

القول الثالث: يقطع إن سرق من الغاصب، ولا يقطع إن سرق من السارق. وهذا مذهب الحنفية[٤] .

وذلك لأنه يشترط في المسروق منه أن تكون له يَدٌ صحيحة، واليد الصحيحة لها ثلاثة أنواعٍ:

١-يد ملك ليد المالك أو وليه أو أمينه .

٢-يد الأمانة كيد المودع، والمستعير والشريك المضارب، والمبضع .

٣-يد الضمان، كيد الغاصب، ويدا لقابض على الشراء، ويد المرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء، وأما من الغاصب فإن منفعة يده عائدة إلى المالك، إذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجهٍ، ولأن المغصوبَ مضمون على الغاصب، وضمان الغصب ضمان ملك فأشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين .

ولا يجب القطع على السارق من السارق؛ لأن يد السارق ليست بيد صحيحةٍ إذ ليست يد ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان[٥] .

ولأن المالَ لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط المتقوم في حقه، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له، فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالاً غير معصومٍ[٦] .

بناءً على هذه المسألة يظهر لنا أن يد السارق في المال المسروق يد لا اعتبارَ لها شرعاً عند طائفة من الفقهاء، وعند غيرهم أنها يد ثابتة تشبه يد الملك، قال الماوردي في هذا: «ويكون الخصم في قطع السارق هو المالك دون الغاصب والسارق، هذا قول أصحابنا، وعندي أن كل واحد من المالك والغاصب والسارق خصم فيه؛ أما المالك فلأجل ملكه، والغاصب والسارق فلأجل ضمانه»[٧] .

يفهم من كلامه المذكور أن يد السارق يد ضمان، وهو الأشبه بالقياس، لأن كل يد إذا ثَبَتَت على شيء وهي

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: (٣/ ٢٩١) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٣١٢)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٧٧) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٣)، والحاوي الكبير: (١٣/ ٣١٢) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٠)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٣٩١-٣٩٠) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٨٠) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٣٩١) .

(٧) الحاوي الكبير للماوردي: (١٣/ ٣١٢) .

يد غير صحيحة تعتبر يداً متعدية، ومعلوم أن يد التعدي يد ضمان عند الفقهاء فيد السارق لا تختلف عن يد الغاصب من حيث التضمين، وعلى هذا يد السارق في المال المسروق يد ضمان فلا يعتبر المال ضائعاً بحيث لا يقطع سارقه، والله أعلم بالصواب .

رابعاً: إذا أحدث السارق في السرقة ما يجب ضمانها فهل يكون ذلك سبباً للسارق في ملك السرقة أم لا؟

وتتصور هذه المسألة في من سرق ثوباً، فشقه في الدار أو الحرز بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي نصاب السرقة وكذلك فيمن ذبح الشاة في الحرز ثم أخرجها بعد الذبح، وقيمتها تبلغ النصاب فهل عليه القطع أم لا[1]؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يجب عليه القطع، وهو قول الطرفين[2] من الحنفية[3]، ومذهب المالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنه أخرجه من حرز مثله فوجب عليه القطع[7].

٢-واستدل أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله- بأن الشق وقَعَ سبباً للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سبباً للملك، بل السبب إنما يثبت عند اختيار التضمين، وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعاً للتمليك كالبيع، لا فيما وضع سبباً للضمان، فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق .

وإنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحدٍ ومثل هذا الشق الذي هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لأنه ليس بموضوعٍ للملك .

---

(١) انظر تفصيل الكلام في المسألة في فتح القدير: (٥/ ٤٠٢)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٦) .

(٢) وهما أبو حنيفة وصاحبه محمد.

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٤٠٢) .

(٤) انظر: جواهر الإكليل: (٣/ ٢٩١) .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ٢٩٩) وما بعدها .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٣٦) .

(٧) انظر: المغني: (١٢/ ٤٣٦) .

=

القول الثاني: أنه لا يقطع فيه . وهو قول أبي يوسف من فقهاء الحنفية[١] .

واستدل على هذا القول بأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون، وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع .

تحرير قوله إن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك، إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب، وتركه له وإن كره ذلك، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به[٢].

وعلى هذا فإنه اعتبره سبب الملك للسارق، وكل شيء يجب عليه قيمته .

٢-**ومنها:** الغصب هل ينتهض سبباً للملك أم لا، وقد سبق الكلام عليه مفصلاً في أسباب الملك .

٣-**ومنها:** الربا هل يقوم سبباً للملك أم لا؟ ويكون بيع الربا موجباً للملك فيه.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: العقد الذي يخالطه الربا، مفسوخ، لا يجوز بحالٍ، ولا يثبت به الملك في المبيع، والثمن، وأن من أَرْبى ينقض عقده، ويرد فعله، وإن كان جاهلاً .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[٣]، والشافعية[٤] والحنابلة[٥] .

استدلوا بما يلي:

١-لأنه فعل ما حرمه الشارعُ ونهى عنه، والنهي يقتضي التحريم والفسادَ وقد قال النبي ﷺ: «**من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**»[٦] . قوله ﷺ: «فهو رد» يدل على وجوب فسخ صفقة الربا، وأنها لا تصح بوجهٍ .

٢-وبحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: جاء بلال إلى النبي ﷺ بتمرٍ برني، فقال له النبي ﷺ: **من أين هذا؟** فقال بلال: كان عندنا تمر رديء، فبعث صاعين بصاع، ليطعم النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ: «**أوه عين الربا،**

---

(١) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٤٠٢) .

(٢) انظر: المصدر السابق .

(٣) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٥٣) وما بعدها، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٤٧) .

(٤) انظر: المهذب: (١/ ٢٧٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٥-٢٢)، وحاشية القليوبي: (٢/ ١٦٧) وما بعدها .

(٥) انظر: المغني: (٦/ ٥٢، ١١٥-١١٤)، وغاية المنتهى: (٢/ ٥٥) .

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٢٤١)، في باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، من كتاب الصلح، برقم: (٢٦٩٧)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٤٤-١٣٤٣) في باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور من كتاب الأقضية، برقم: (٤٤٦٨) .

=

لا تفعل ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به»[١] .

فقوله ﷺ أوه عين الربا، أي هو الربا المحرم نفسه لا ما يشبه وقوله: «لا تفعل» يدل صراحةً على عدم صحة هذا الفعل، وبطلانه .

٣-بقوله ﷺ: «**وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضَعُ ربانا ... ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله**»[٢] .

قال النووي في شرح مسلم: «المراد بالوضع الرد والإبطال»[٣] .

وفصل ابن رشد فقال: «من بَاعَ بيعاً أربىٰ فيه غير مستحلٍ للربا، فعليه العقوبة الموجعة إن لم يعذر بجهل، ويفسخ البيع ما كان قائماً، والحجة في ذلك أن رسول الله ﷺ: أمر السعدين[٤] أن يبيعَا آنية من المغانم من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عيناً أو أربعة بثلاثة عيناً، فقال لهما رسول الله ﷺ: «أربَيتما، فرُدَّا»[٥] .

فإن فات البيع فليس له إلا رأس ماله قبض الربا أو لم يقبضه، فإن كان قبض رده إلىٰ صاحبه، وكذلك من أربىٰ ثم تاب فليس له إلا رأس المال، وما قبض من الربا وجب عليه أن يرده إلىٰ من قبضه منه .

وأما من أسلم وله ربا، فإن كان قبضه فهو له، لقول الله ﷻ: ﴿ ڤ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ﴾[٦] ولقول رسول الله ﷺ: «**ومن أسلم على شيء فهو له**»[٧] .

وأما إن لم يقبض الربا فلا يحل له أن يأخذه، وهو موضوع عن الذي هو عليه، ولا خلاف في هذا أعلمه .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٣٣) في باب إذا بَاعَ الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود، من كتاب الوكالة، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١٥)، في باب بيع الطعام مثلاً بمثل، من كتاب المساقاة .

(٢) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: (٨/ ٤١٢)، في باب حجة النبي ﷺ من كتاب الحج: برقم (٢٩٤١) من حديث جابر بن عبد الله .

(٣) شرح صحيح مسلم للنووي: (٨/ ٤١٢) .

(٤) السعدان: هما سعد بن أبي وقاص وسعد بن عبادة . هامش الموطأ: (٢/ ٣٣٣) .

(٥) الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ: (٢/ ٣٣٣)، في باب بيع الذهب بالفضة تبرًا وعينًا، من كتاب البيوع: برقم(٢٥٣٦)، برواية يحيىٰ بن سعيد وهو حديث مرسل .

(٦) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٧) الحديث أخرجه سعيد بن منصور في سننه: (٢/ ٩٤) من حديث عروة بن الزبير وابن أبي مليكة، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار: (١٤/ ٤١٠-٤٠٩) من حديث أبي هريرة، وأبو يعلىٰ الموصلي في مسنده: (١٢/ ١٠٢) والقاسم بن سلام في الأموال: ص(٤٧٠) . قال الحافظ في التلخيص الحبير: (٤/ ٢٩٣-٢٩٢): «مرسل صحيح الإسناد»، وحسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل: (٦/ ١٥٦) موصولاً .

=

القول الثاني: اشـتراط الربا في البيع مفسـد للبيع، وليس مبطلًا له، وبناءً عليه يثبت الملك في بيع الربا عند اتصال القبض به . وهذا مذهب الحنفية[١] .

فالبيع الربوي عندهم من البيوع الفاسدة، وحكمه أن العروض يملك بالقبض ويجب رده لو كان قائماً، ورد مثله أو قيمته لو مستهلكاً، وعليه فإنه يجب رد الزيادة الربوية لو قائمةً لا رد ضمانها .

قال ابن عابدين: «وحاصـله أن فيه حقين، وهو رد عينه لو قائماً ومثله لو هالكاً، وحق الشرـع وهو رد عينه لنقض العقد المنهي عنه شرعاً، وبعد الاسـتهلاك لا يتأتىٰ رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد، ثم إن رد عينه لو قائمًا فيما لو وَقَعَ العقد علىٰ الزائد، أما لو بَاعَ عشرـة دراهم بعشرـة دراهم وزاده دانقًا هبة منه فإنه لا يفسد العقد»[٢] .

وهذا القول ينبني علىٰ القاعدة المشـهورة: «**العقد الفاسـد يفيد الملك عند القبض**» وقد سـبق الكلام عليها مفصلاً .

الذي يظهر لي هو القول بأن بيع الربا لا يكون سببًا لثبوت الملك .

وذلك للأصـل الذي بين أيدينا، ولأن التعامل به محرم، والمحرم لا يكون سـبباً لنعمة الملك . والله أعلم بالصواب .

٤- **ومنها:** الفوائد المصرـفية (البنكية) هل لا يملكها صـاحب الحسـاب لكونها ربا محرماً ومالاً حراماً أم لا؟. لا يملك صاحب الحساب الفوائد المصرفية ، لأنه ربا محض لا شبهة فيه لسبب الملك [٣]

٥- **ومنها:** وتنطوي تحت هذا الفرع مسألة بيع العينة وهي مسألة معروفة لدىٰ الفقهاء بهذا الاسم . وبيانها يأتي علىٰ الوجه التالي:

أ-التعريف بعنوان المسألة، وصورتها:

هذه المسألة كما سلفت الإشارة تسمىٰ مسألة بيع العينة[٤] وهي تشبه بيع الآجال عند فقهاء المالكية[٥] .

---

(١) حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٦٩) .

(٢) حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٦٩) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩) و رد المحتار: (٤/ ١١٠) و حاشية الدسوقي: (٣/ ٧٨) و المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٢) .

(٤) انظر: الدر المختار: (٥/ ٢٧٣)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٨، ٣٩٩)، والمجموع: (٩/ ٢٦١)، وروضـة الطالبين: (٣/ ٨٥)، والكافي لابن عبد البر: ص(٣٢٥)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٣/ ٨٨)، ومواهب الجليل: (٤/ ٤٠٤)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٢)، والكافي له: (٢/ ٢٥)، ومجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام: (٢٩/ ٤٣٢) .

(٥) انظر: رسالة أبي زيد القيرواني: ص(١٤٩)، والثمر الداني: ص(٤٣٥)، وكفاية الطالب: (٣/ ٣٧٣)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٣٢) =

والعينة لغةً: بكسر العين، من اعتان، يعتانُ إذا اشترىٰ عينةً[١] ومنه قول الشاعر:

أَنَـدَّانُ أم نـعـتـانُ أم يـنـبري لـنـا * فتًى مثل نصـل السـيف ميزت مضـاربه[٢]

فقوله: نعتانُ: أي نشتري عينةً[٣] .

قال في المصباح المنير[٤]: «العينة بالكسر: السلف، واعتان الرجل: اشترىٰ الشيء بالشيء نسيئه، ومنه قولهم: اعتان الشيء: أخذ خياره، واشتراه بثمن مؤجل»[٥] .

وفي القاموس: العينة اسم يطلق علىٰ السلف من عَيَّنَ إذا أخذ العينة[٦] .

والعينة اصطلاحاً: عرفت العينة بعدة تعريفات منها:

١-في رد المحتار[٧]: هي بيع العين بثمن زائدٍ نسيئةً ليبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل ليقضي دينه .

٢-وهو أن يظهرا فعل ما يجوز ليتوصلا به إلىٰ ما لا يجوز[٨] .

أو: هو البيع المتحيل به علىٰ دفع عين في أكثر منها[٩] .

٣-وهو أن يبيعَ شيئاً من غيره، بثمن مؤجل، ويسلمه إلىٰ المشتري، ثم يشتريه بائعه قبل قبض الثمن بثمن نقدًا أقل من ذلك القدر[١٠] .

٤-هو أن يبيع سلعةً بثمن مؤجلٍ، ثم يشتريها بائعها بأقّل منه نقدًا[١١] .

---

(١) انظر: الصحاح للجوهري: ٦/ ٢١٧٢)، ولسان العرب: (١٣/ ٣٠٥)، والقاموس المحيط: ص(١٥٧٣)، والمصباح المنير: ص(١٦٧)، والمعجم الوسيط: ص(٦٤١) .

(٢) نسبه ابن منظور في لسان العرب: (١٣/ ١٦٨) إلىٰ شَمَّر .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٢) .

(٤) المصباح المنير: ص(١٦٧) .

(٥) انظر: المعجم الوسيط: ص(٦٤١) .

(٦) انظر: القاموس المحيط: ص(١٥٧٣) .

(٧) رد المحتار علىٰ الدر المختار: (٤/ ٢٩٧) .

(٨) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي: ص(١٧١) .

(٩) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٤٠٤) .

(١٠) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٨٦) .

(١١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٠)، وانظر كذلك المصباح المنير: ص(١٦٧) .

=

٥-وقيل: هو قرض في صورة بيع لاستحلال الفضل[١].

صورة لهذه المسألة: في صورتها تأويلات للفقهاء، وإليكم بيانها حسب المذاهب الفقهية:

١-أن يأتي الرجل رجلاً ليستقرضه، فلا يرغب المقرض في الإقراض، طمعًا في الفضل الذي لا ينال بالقرض، فيقول: أبيعكَ هذا الثوب باثني عشر درهماً إلى أجلٍ، وقيمته عشرة، فيستفيد بمقابلة الأجل[٢].

أو أن يقول الأصل للكفيل: اشتر من الناس نوعاً من الأقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك، وخسرته أنت فعليَّ، فيأتي إلى تاجر فيطلب منه القرضَ ويطلب التاجر منه الربح، ويخاف من الربا، فيبيعه التاجر ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر نسيئة، فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر درهماً ثم يبيعه المقرض ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضاً[٣].

ومن صورها أيضاً أن يعودَ الثوب إليه كما إذا اشتراه التاجر في الصورة الأولى من المشتري الثاني، ودَفَع الثمن إليه ليدفعه إلى المشتري الأول، وإنما لم يشتره من المشتري الأول تحرزاً عن شراء ما بَاعَ بأقل مما بَاعَ قبل نقد الثمن[٤].

٢-صورتها عند فقهاء المالكية كما جاءت في القوانين الفقهية[٥]: وهي -أي العينة- ثلاثة أقسام:

الأول: أن يقول رجل لآخر اشتر لي سلعة بكذا، وأُرْبِحُك فيها كذا، مثل أن يقولَ: اشترها بعشرة وأعطيك فيها خمسة عشر إلى أجل فإن هذا يؤول إلى الربا، لأن مذهب مالك أن ينظر ما خرج عن اليد، ودخلَ به ويلغي الوسائط، فكأن هذا الرجل أعطى لشخصٍ عشرة دنانير أو أخذ منه خمسة عشر ديناراً إلى أجل، والسلعة ملغاة.

الثاني: لو قال له اشتر لي سلعة، وأنا أربحك فيها ولم يسم الثمنَ، فهذا مكروه وليس بحرامٍ.

الثالث: أن يطلب السلعة عنده، فلا يجدها ثم يشتريها الآخر من غير أمره ويقول: قد اشتريت السلعة التي طلبت مني، فاشترها مني إن شئت فيجوز أن يبيعَها منه نقداً أو نسيئة بمثل ما اشتراها به أو أقل أو أكثر.

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: (٩/ ٩٦).

(٢) انظر: التعريفات الفقهية للمجددي: ص(٤٨).

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٣٢٥).

(٤) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٣٢٥).

(٥) انظر: القوانين الفقهية: ص(١٧١).

وفي بداية المجتهد[١]: «وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض، اختلف منها في مسألتين، واتفق في الباقي، وذلك أنه من بَاعَ شيئاً إلى أجل ثم ا شتراه فإمَّا أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده، وفي كل واحدٍ من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن، الذي باعه به منه وإما بأقل وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن، أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن».

٣-وهو أن يبيعَ الرجل سلعة بثمن حالٍ أو مؤجل، ثم أن يبتاعها من المشتري قبل قبض الثمن أبو بعده بمثل ذلك الثمن أو بأكثر منه أو أقل من جنسه أو غير جنسه حالاً أو مؤجلاً . فهذه الصور كلها داخلة تحت بيع العينة[٢] .

٤-وهو أن يبيع سلعة بثمن مؤجل، ثم أن يشتريها بأقل من ذلك الثمن نقداً، وكذلك العكس وهو أن يبيعَ سلعة بثمن نقدٍ ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة[٣] .

ومن هنا يظهر لنا أن للعينة المنهي عنها تأويلات لدى الفقهاء، وخلا صتها وهي الصورة المشهورة بأن يبيع سلعة بثمن إلى أجل معلوم ثم يشتريها نفسها نقداً بثمن أقل، وفي نهاية الأجل يدفع المشتري الثمن الأول، والفرق بين الثمنين فضل هو زيادة للبائع الأول . وتؤول هذه العملية إلى قرض عشرة مثلاً لرد خمسة عشر والبيع وسيلة صورية إلى الربا، والعملية كلها للتحايل على الإقراض بالربا عن طريق البيع والشراء[٤] .

وقد يوسط المتعاقدان بينهما شخصاً ثالثاً يشتري العين بثمن حالٍ من مريد الاقتراض، بعد أن ا شتراها هذا من مالكها المقرض، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به فيكون الفرق رباً له، والله أعلم بالصواب .

-وجه تسميتها بالعينة: اختلفوا في سبب تسميتها بالعينة أيضاً:

١ . سمى هذا البيع بالعينة، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها من البائع عيناً أي نقدًا حاضرًا[٥] .

٢ . وفي شرح فتح القدير[٦] .. أنه سمى بيع العينة؛ لأنه من العين المسترجعة .

---

(١) بداية المجتهد: (٢/ ١٦٩) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٥/ ٢٨٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ٨٦-٨٥) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١، ٢٦٣)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ١٩١) وما بعدها .

(٤) انظر: الأموال ونظرية العقد: ص(٣٠١) .

(٥) انظر: كشاف القناع: (٣/ ١٨٦)، والمصباح المنير: ص(١٦٧)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٢٥) .

(٦) شرح فتح القدير: (٧/ ١٩٩)، وكذلك رد المحتار: (٦/ ٣٢٦) .

٣. واستحسن الدسوقي أن يقال: إنما سميت عينةً لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل بدفع قليل في كثير[١] .

وجاء في جواهر الإكليل[٢]: وأصلها عَونة لأنها من العونِ، قلبت الواو ياءً لسكونها عقب كسر، لأن البائع يستعينُ بالمشتري على تحصيل مقاصده[٣] .

٤. وقيل: ويسمى هذا البيع عينة؛ لأن المقرَض أعرض عن القرضِ إلى بيع العين[٤] .

٥. وقيل: من العناء وهو تجشم المشقة[٥] .

ب-تحرير محل النزاع في المسألة:

١-اتفقوا على أنه إذا جعل المتعاقدان العقد الثاني شرطاً للأول فالعقد باطل[٦] .

٢-وكذلك اتفقوا أيضاً على جواز بيعها بمثل الثمن أو أكثر إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع وذلك لأنه لا يكون ذريعة إلى الربا[٧] .

٣-وكذلك اتفقوا أيضاً على جواز شرائها بما شاء من الثمن إذا نقصت السلعة عن حالة البيع بأن هزل العبدُ أو نسي صناعة أو تخرق الثوب أو بلي ونحو ذلك لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا[٨] .

٤-واتفقوا أيضاً على عدم جواز بيعها إذا نقص سعرها، أو زاد لذلك أو لمعنى حدث فيها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها[٩] .

٥-وكذلك اتفقوا على جواز بيعها بعرضٍ إذا اشتراها بنقدٍ وكذلك العكس[١٠]؛ لأن التحريم إنما كان لشبهة

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/ ٨٨) .

(٢) جواهر الإكليل: (٢/ ٣٣) .

(٣) انظر: التعريفات الفقهية للمجددي: ص(٤٨) .

(٤) انظر: مواهب الجليل: (٤/ ٤٠٤) .

(٥) انظر: المصدر السابق .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٩)، والعناية: (٦/ ٧٧)، وشرح الخرشي: (٥/ ٨٠)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج: (٤/ ٢٩٤، ٢٩٥)، وكشاف القناع: (٣/ ١٨٩) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٦٩-١٦٨)، والمغني: (٦/ ٢٦١) .

(٨) انظر: المصدر السابق .

(٩) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٦٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١) .

(١٠) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٦٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١) .

=

الربا، ولا ربا بين الأثمان والعروض[١] .

٦-واختلفوا فيما إذا اشتراها بأقل منه نقدًا على ثلاثة أقوالٍ مرجعها إلى قولين:

القول الأول: لا يجوز هذا البيع، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، وروى ذلك عن ابن عباس، وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي[٥]، والنخعي، وبه قال أبو الزناد[٦]، وربيعة[٧]، وعبد العزيز بن أبي سلمة[٨] والثوري والأوزاعي وإسحاق[٩] .

قال ابن قدامة: وهو قول أكثر أهل العلم[١٠] .

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١، ٢٦٢) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩-١٩٨)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٩-٣٩٨، ٧/ ١٩٩-١٩٨)، ورد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٣٢٥) وما بعدها .

(٣) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٦٩)، والشرح الكبير: (٣/ ٧٦)، والشرح الصغير: (٣/ ١١٦، ١٢٨)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٣٣) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٠)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ١٩١)، والإنصاف: (١١/ ١٩١)، وكشاف القناع: (٣/ ١٨٥) .

(٥) الشعبي: هو عامر بن شراحيل الشعبي من حِمْيَر من كبار التابعين، أخذ عنه أبو حنيفة وغيره، ولد سنة (١٩)هـ، توفي سنة (١٠٣)هـ .

انظر: تذكرة الحفاظ: (١/ ٨٠-٧٤)، والوفيات: (١/ ٢٤٤)، والأعلام للزركلي: (٤/ ١٩) .

(٦) هو أبو الزناد عبد الله بن ذكوان المدني الفقيه، وكان سفيان يسميه أمير المؤمنين في الحديث ولد سنة (٦٥)هـ، وتوفي سنة ثلاثين ومائة .

انظر: تذكرة الحفاظ: (١/ ١٣٤)، وطبقات الفقهاء للشيرازي: ص(٦٦-٦٥) .

(٧) هو أبو عثمان ربيعة بن فروخ المدني المعروف بربيعة الرأي، أدرك الصحابة، وعنه أخذ مالك بن أنس الإمام، توفي سنة (١٣٦)هـ .

انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي: ص(٦٥)، والعبر: (١/ ١٨٣) .

(٨) هو عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، أبو عبد الله، فقهي مالكي، ثقة صدوق، كثير الحديث، توفي سنة (١٦٤)هـ .

انظر: تهذيب التهذيب: (٦/ ٣٤٣، ٣٤٤)، وطبقات الفقهاء للشيرازي: ص(٦٧) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٠)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ١٩١) .

(١٠) المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٠) .

=

١-ما روي عن أبي إسحاق السَّبيعي[١] عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل[٢] أنها قالت: دخلت أنا، وأم ولد زيدَ بن أرقم وامرأته على عائشة < فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمنمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بستمائة درهم. فقالت لها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم: أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله، إلا أن يتُوبَ[٣].

قال ابن قدامة: «والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف من النبي ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه»[٤].

والحديث نص في المسألة وهو يدل على تحريم بيع العينة من وجهين[٥]:

الأول: إن قولها < لزيد بن أرقم بهذا التغليظ ليس من باب القياس ولا يقتضيه.

الثاني: إن إبطال الجهاد بالاجتهاد لا يجوز فثبت أن قول عائشة < محمول على سماعها ذلك من رسول الله ﷺ.

---

(١) هو أبو إسحاق عمرو بن عبد الله السبيعي الهمداني الحافظ، شيخ الكوفة، من التابعين توفي سنة (١٢٧)هـ.
انظر: الأنساب: (٧/ ٣٦)، وسير أعلام النبلاء: (٥/ ٣٩٢) وما بعدها.

(٢) هي العالية بنت أيفع بن شرحبيل من ذي كبار، امرأة أبي إسحاق السَّبيعي دخلت على عائشة وسمعت منها.
انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد: (٨/ ٤٨٧)، والإكمال: (٢/ ٤٩).

(٣) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٥/ ٣٣١-٣٣٠) في باب الرجل يبيعُ الشيء إلى أجل، من كتاب البيوع برقم: (١٠٥٨١)، وأخرجه نحوه عبد الرزاق في المصنف: (٨/ ١٧٨)، والدارقطني في السنن: (٣/ ٥٢) في كتاب البيوع، وقال: «أم محبة والعالية كلاهما مجهولتان، لا يحتج بهما»، وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح: «هذا إسناد جيد، وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة وكذلك قول الدارقطني عن العالية: مجهولة لا يحتج بها. فيه نظر، فقد خالفه غيره، ولولا أن عند أم المؤمنين عائشة علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجر أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد» اهـ. انظر نصب الراية: (٤/ ١٦).
وقال ابن الجوزي في التحقيق: «العالية معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات، فقال: العالية بنت أيفع بن شراحبيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة». انظر: الطبقات لابن سعد: (٨/ ٣٥٧)، وقال ابن التركماني في الجوهر النسفي: (٥/ ٣٣١)، العالية معروفة وكذا في الاستذكار لابن عبد البر، وذكرها ابن حبان في الثقات. انظر: نصب الراية: (٤/ ١٦)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٩).
قلت: الحديث موقوف حسن كما أشار إليه غير واحد من أهل الشأن. انظر: المصدر السابق وله حكم الرفع أيضاً، وقواه عمل الفقهاء به، والله أعلم بالصواب.

(٤) المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١)، وكذلك انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ١٩٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٨).

=

أجيب عن الاستدلال بحديث عائشة بعدة وجوه[1]:

أحدها: حديث عائشة ضعيف إسناده، وواهٍ طريقه، قال الشافعي: «لا يثبت مثل هذا عن عائشة، قلت: لمن احتج بهذا الحديث أتعرف هذه المرأة، فقال: لا، فقلت: كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه على أن أبا حنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إلا ما روته عائشة وأم سلمة» .

والجواب الثاني: إن عائشة < إنما أبطلت البيع إلى العطاء؛ لأنه أجل مجهول، والآجال المجهولة يبطل بها البيع .

والجواب الثالث: إنه لو سلم أن إنكار عائشة < توجه إلى البيع الثاني دون البيع الأول لما كان فيه دليل؛ لأن زيدًا خالفها، وإذا اختلف الصحابيان، وكان القياس مع أحدهما كان قول من عاضده القياسُ أولى .

والقياس مع زيد دون عائشة < .

الجواب الرابع: قولهم الاحتجاج لا يقوم على قول عائشة وإنما الاحتجاج بالتوقيف في قولها؛ لأنها لا تبطل جهاد زيد باجتهادها، هذا لا يصح، فلا يصح حمل قولها على التوقيف من وجهين[2]:

الأول: إنه إثبات نص باستدلال، وإبطال قياس باحتمال .

والثاني: إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف فإذا أمكن معارضة الشيء بمثله سقط، وليس ما ذكرته عائشة < من أن زيداً قد أبطل جهاده دليل على توقيف؛ لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة أنه علم بنصٍ فخالفه، وإن لم يعلم به لم يبطل اجتهاده، وليس هذا القول منها إلا كقول ابن عباس ﵄: «ألا يتقي اللهَ زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً، ولا يجعل أب الأب أباً»[3] .

وكقوله في العول: «ما جعل الله في المال نصفاً وثلثين من شاء باهلته عند الحجر الأسود»[4] يعني: لاعنته .

ولم يدل هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة على أن في الجد والعول نصاً .

٢-وبما روي عن ابن عمر { أن النبي ﷺ قال: «**إذا ضَنَّ**[5] **الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا**

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٥/ ٨٨، ٢٨٩) .

(٢) انظر: المصدر السابق ذكره .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ٦٨)، والحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٩) .

(٤) الأثر أخرجه السنن الكبرى للبيهقي: (٦/ ٢٥٣)، والسنن لسعيد بن منصور: (١/ ٤٤) .

(٥) ضَنَّ: أي بخل . انظر: القاموس المحيط: ص(١٥٦٤) .

=

أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاءً، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[١] .

وفي رواية: «**إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهادَ، سلط الله عليكم ذلًا، لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم**»[٢] .

والحديث يدل على أن العينة محرمة، وإلا لما أدخلها في جُملة ما استحقوا به العقوبة[٣] .

٣-وبما روي عن ابن عباس {: «أنه سئل عمن بَاعَ حريرةً بمائة درهم ثم اشتراها بخمسين درهماً فقال: «دراهم بدراهم متفاضلة وحريرة دخلت بينهما»[٤]. وفي لفظ : أنه قال: «أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما»[٥] . وهي من الذرائع، والذريعة معتبرة في الشرع بدليل منع القاتل من الإرث[٦] .

ويؤكد هذا المعنى ما جاء عن الأوزاعي عن النبي ﷺ أنه قال: «**ليأتين على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع، وبينهما حريرة يعني العينة**»[٧] .

وأجيب عن الاستدلال بحديث ابن عباس بما أجاب به عن الاستدلال بحديث عائشة < .

٤-ولأن ذلك ذريعة إلى الربا، ومؤدٍ إليه، وما كان مؤديًا إلى الربا أو المحرم كان ممنوعًا لقول النبي ﷺ: «**من حام حول الحمى يوشك أن يَقَعَ فيه**»[٨]، ولقوله: «**لَعَنَ اللهُ اليهودَ حرمت عليهم الشحوم فجملوها،**

---

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده: (٢/ ٢٨)، ط. الميمنة، وصححه ابن القطاف، كما نقل عنه الزيلعي في نصب الراية: (٤/ ١٦)، وكذلك أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: (١٢/ ٤٣٣-٤٣٢)، وقال الزيلعي: «وهذا حديث صحيح رجاله ثقات» (٤/ ١٦)، ولكن أعله ابن حجر في تلخيص الحبير: (٣/ ١٩) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٧٤٠) باب في النهي عن العينة من كتاب البيوع والإجارات برقم: (٣٤٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى: (٥/ ٣١٦) في باب ما ورد في كراهية التبايع بالعينة من كتاب البيوع، ومسند الشاميين: (٣/ ٣٢٩) برقم : (٢٤١٧)، وكذلك أبو نعيم: (٥/ ٢٠٥-٢٠٨)، وهو حديث صحيح لمجموع طرقه . انظر: السلسلة الصحيحة: ص(١٦١)، ومنتقى الينبوع: (٣/ ٨٥)، وشرح فتح القدير: (٧/ ١٩٨) .

(٣) انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٨٥) .

(٤) انظر: مصنف عبد الرزاق: (٨/ ١٨٧) .

(٥) انظر: المغني: (٦/ ٢٦١) .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١)، وكشاف القناع: (٣/ ١٨٥) .

(٧) انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٨٥) .

(٨) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١/ ١٢٦) في كتاب الإيمان، برقم: (٥٢)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١٩)، في كتاب المساقاة، برقم: (١٥٩٩) .

=

وباعوها وأكلوا أثمانها»[١] يعني بقول: جملوها: أي: أذابوها، فلعنهم؛ لأنهم فعلوا ما أداهم إلىٰ الحرام[٢] .

لأنه يدخل السلعةَ ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلىٰ أجَل معلوم[٣] اعترض علىٰ هذا الاستدلال بأن قولهم: إنه ذريعة إلىٰ الربا الحرام غلطٌ، بل هو سبب يمنع من الربا الحرام، وما منع من الحرام كان ندباً[٤]، ألا ترىٰ إلىٰ حديث أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً علىٰ خيبر، فجاء بتمر جنيب[٥]، : فقال رسول الله ﷺ: «**أكل تمر خيبر هكذا؟**» قال: لا، والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع بالصاعين، والصاعين بثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «**لا تفعل، بع الجَمْعَ**[٦] **بالدراهم، وا شتر بالدراهم جنيباً**»[٧] فجعل ذلك ذريعة إلىٰ ترك الربا، وندب إليه .

٥-وعلل الحنفية عدم الجواز في المسألة بوجهين:

الأول: لأن في هذا البيع شبهة الربا؛ لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير الربا، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف ما إذا نقد الثمن؛ لأن المقاضة لا تتحقق بعد نقد الثمن؛ فلا تتمكن الشبهة بالعقد[٨] .

الثاني: لأن البائع في ابتياعه الثاني قد استفضل زيادة ليس في مقابلتها عوض فوجب أن يمنع منه لنهيه عن ربح ما لم يضمن[٩] .

---

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده: (٢/ ٣٦٢) من حديث أبي هريرة ﷺ، وأخرجه بهذا الإسناد أبو نعيم في حلية الأولياء: (٨/ ٣٠٦)، قال محقق المسند: «إسناده صحيح علىٰ شرط الشيخين» . انظر: تحقيق المسند: (١٤/ ٣٥٧) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٨) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦١) .

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٩) .

(٥) الجنيب: هو التمر الجيد . الفائق: (١/ ٢٣٤)، والحاوي: (٥/ ٢٨٩) .

(٦) الجمع: هو التمر المختلط الردئ . الفائق: (١/ ٢٣٤)، والحاوي: (٥/ ٢٨٩) .

(٧) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ٣٩٩)، في باب شراء الطعام إلىٰ أجل من كتاب البيوع، برقم: (٢٢٠١، ٢٢٠٢)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢١٥) في باب بيع الطعام مثلاً بمثل من كتاب المساقاة، برقم: (١٥٩٣) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩) .

(٩) إشارة إلىٰ الحديث الذي أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٥٤)، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٤٢)، والنسائي في السنن المجتبىٰ: (٧/ ٢٥٤-٢٥٩)، وابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٣٨-٧٣٧) .

=

جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق[١]: «وجه الربا فيه؛ لأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا أعادَ إليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه، وصار بعض الثمن قصاصاً ببعضٍ، بقي له عليه فضل بلا عوضٍ فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام بالنص» .

٦-وعلل المالكية عدم الجواز بأنه سلف جَرَّ نفعاً[٢] .

القول الثاني: يجوز بيع العينة مع الكراهة. وهو مذهب الشافعية[٣]، وبه قال أهل الظاهر[٤]، وأبو ثور[٥]، وأبو يوسف من فقهاء الحنفية[٦]، وهو القياس عند أبي الخطاب من الحنابلة[٧]، واختار شيخ الإسلام القول بصحة البيع الأول عند عدم المواطأة إذا كان البيع بياناً[٨] . وروىٰ مثل هذا القول عن ابن عمر وزيد بن أرقم[٩]{.

قال الشافعي -رحمه الله-: «ولا بأس بأن يبيعَ الرجل السلعة إلىٰ أجلٍ ويشتريها من المشتري بأقل بنقدٍ وعرضٍ وإلىٰ أجل»[١٠] .

قال الماوردي: «وبه قال من الصحابة ابن عمر وزيد بن أرقم وجل التابعين وجمهور الفقهاء»[١١].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-عموم قوله تعالىٰ: ﴿ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ﴾؛ لأن الظاهر من الآية صحة العقد عند توافر ركنه وهو الإيجاب والقبول الصحيحان من أهل التصرف ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لا نعرفها لعدم وجود ما يدل عليها أي أن القصد الآثم مرجعه إلىٰ الله، والحكم علىٰ ظاهر العقد، ولذا يحمل العقد علىٰ عدم التهمة وهو

---

(١) انظر: تبيين الحقائق: (١٠/ ٤٧٥)، وكذلك رد المحتار: (٥/ ٣٢٧) .

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٣/ ٨٩) .

(٣) انظر: المجموع: (٩/ ٢٦١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٨٥) وما بعدها، والحاوي الكبير للماوردي: (٥/ ٢٨٩).

(٤) انظر: الميزان: (٢/ ٧٠)، وإرشاد الفحول: ص(٢١٧)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٦٩) .

(٥) انظر: الميزان: (٢/ ٧٠)، وإرشاد الفحول: ص(٢١٧)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٦٩) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ١٩٨)، قال أبو يوسف: «لا يكره هذا البيع؛ لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا علىٰ ذلك ولم يعدوه من الربا، حتىٰ لو بَاعَ كاغذة بألفٍ يجوز، ولا يكره»، وكذلك انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٢٦-٣٢٥) .

(٧) انظر: الإنصاف: (١١/ ١٩١) .

(٨) انظر: مجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام: (٢٩/ ٤٣٢)، والإنصاف: (١١/ ١٩٢)، والفروع: (٤/ ١٦٩) .

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٧)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٧٠) .

(١٠) مختصر المزني: (٥/ ٢٨٧) .

(١١) انظر: المصدر السابق .

الظاهر[١].

رد على هذا الاستدلال بأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تقم قرينة تفيد غيره وههنا قرينة العرف المعهود، وغلبة قصد الناس إلى المحرم والشيء المتعارف ينزل منزلة الشرط المنصوص، فكان ذلك من أقوال القرائن التي يجب العمل بها؛ لأنه تجعل الظاهر من أمر البائعين هو التذرع إلى المحرم، فإبطال بيعهما هو مقتضى الظاهر[٢].

٢-ولأن كل سلعة جازَ بيعها من غير بائعها بثمنٍ جازَ بيعها من بائعها بذلك الثمن كالعرض.

ولقائل أن يقولَ إنما جاز ذلك بالعروض؛ لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض، فيعتبر هذا القياس قياس مع الفارق[٣].

٣-ولأنه شراء مستأنف؛ لأن لكل واحدٍ من العقد من حكم نفسه بدليل أن كل واحدٍ منهما يصح مع التراضي، ويبطل مع الإكراه، ويفتقر إلى البدل، والمقبول وإذا انفردَ كل واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر، ولا بناء أحدهما على الآخر[٤].

ولا فرق عندهم بين هذه المسألة وبين أن تكون لرجلٍ على رجلٍ مائة دينار مؤجلة، فيشتري منه غلامًا بالتسعين دينارًا التي عليه، ويتعجل له عشرة دنانير، وذلك جائز بالإجماع[٥]. وقالوا: حمل الناس على التهم لا يجوز[٦].

أجيب عن الاستدلال بهذا بأن البيع الأول لم يتم قبل نقد الثمن، فلا يأخذ حكم نفسه، فكيف يتم البيع الثاني والمبيع هو المبيع الأول عينه، ولهذا يجوز بيعها بمثل الثمن أو أكثر؛ لأنه لا يكون ذريعة إلى الربا[٧].

٤-ولأن كل سلعة جاز بيعها من شخصٍ بعرض جاز بيعها منه بقيمة ذلك العرض كالأجنبي[٨].

٥-ولأنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه فوَجَبَ أن لا يكون الرجوعُ في تقدير ثمنه إلى عاقد كالبيع الأول[٩].

الذي يظهر لي هو القول بفساد أو بطلان بيع العينة، وهو القول الأول وذلك لما يأتي:

---

(١) انظر: الميزان: (٢/ ٧٠)، والقوانين الفقهية: ص(٢٧١)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٧١).

(٢) انظر: أصول البيوع المنوعة: ص(١٠٥).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٢-٢٦١).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٢/ ٢٨٨).

(٥) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٦٨).

(٦) انظر: المصدر السابق: (٢/ ١٦٨).

(٧) انظر: بدائع الصناع: (٥/ ١٩٩-١٩٨)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٦٢-٢٦١).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٢٨٨).

(٩) انظر: المصدر السابق: (٥/ ٢٨٨).

١-لوجود نص يدل على تحريم بيع العينة .

٢-ولأن مقتضى الظاهر هو الفساد، ولا الجواز، وذلك لأن الثمن إذا لم يستوفِ لم يتم البيع الأول، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه بعد، فيكون العقد الثاني فاسداً، وذريعة إلى الربا[١] .

٣-ولأن العقد هنا اتخذه وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً، وإنما المقصود من العقد هو التحيل على الربا، والوصول إلى ما هو ممنوع شرعاً، ومثل هذه الحيل غير مشروعة أصلاً[٢] .

٤-إنكار عائشة < وغيرها بأسلوب بالغ يؤشر إلى أنه لولا أن عند أم المؤمنين عائشة علماً من رسول الله ﷺ لا تستريب فيه أن هذا محرم لم تستحسن أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد، لا سيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة، وا ستحلال مثل هذا كفر؛ لأنه من الربا وا ستحلال الربا كفر، ولكن عذر زيد عليه الرحمة والرضوان أنه لم يعلم أن هذا محرم ولهذا أمرت بإبلاغه»[٣]. والله أعلم بالصواب.

٤-**ومنها:** القمار أوالميسر[٤]، هل يقوم سبباً لثبوت الملك في المال المقامر به أم لا؟

أتفق الفقهاء[٥]، على تحريم ميسر القمار[٦]، وهو الذي يتخاطر الناس عليه وإن شرط فيه مال من الجانبين بحيث يكون المال لمن غلب من اللاعبين فهو القمار المحرم وهو كبيرة من الكبائر والمحرم هو العقد وأخذ المال لأنه غصب من الجانبين أو أحدهما[٧]، وعلى هذا لا يثبت به الملك باتفاق[٨].

---

(١) انظر: الأموال ونظرية العقد: ص(٣٠١) .

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٤٦٦) .

(٣) انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٨٦).

(٤) الميسر: هو اللعب بالقداح، وهو السهام قبل أن تنصل وتراش . انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: ص(٢٢٢) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٢٧)، وشرح فتح القدير: (٨/ ١٣٢)، والشرح الكبير للدردير: (٢/ ٢١٠-٢٠٩)، والقوانين الفقهية: ص(٢١٦)، و حاشية القليوبي: (٤/ ٣١٩)، والجمل على المنهج: (٢/ ٤٢٥)، والفروع: (٤/ ٣٢٢)، والمغني لابن قدامة: (١٤/ ١٥٤) وما بعدها .

(٦) الميسر قسمان: ميسر اللهو وهو ما ليس فيه مال، وميسر القمار وهو ما فيه مال وأشار إليه هذا التقسيم الإمام مالك وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم. انظر: تفسير القرطبي: (٣/ ٥٢)، وشرح الترمذي لابن العربي: (٧/ ١٨)، ومجموع الفتاوى: (٣٢/ ٢٤٢)، والفروسية لابن القيم: (ص١٧٤).

(٧) انظر: الزواجر لابن حجر: (٢/ ٢٠٠).

(٨) انظر: هامش رقم: (١) وكذلك الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٥٩).

٥-**ومنها**: أخذ الرشوة هل يكون سبباً لثبوت الملك في المال المرتشىٰ به أم لا؟

والمسألة تأتي دراستها علىٰ الوجه التالي:

أ-الرشوة في اللغة -بكسر الراء أو ضمها أو فتحها- اسم من ارتشىٰ أي أخذ رشوة، والأصل من رشا يرشو رشواً بمعنىٰ أعطىٰ[1]، وهي: الجعل، وما يعطىٰ لقضاء مصلحة، وجمعها رُشا[2].

قال ابن الأثير: الرشوة: الوصلة إلىٰ الحاجة بالمصانعة وأصله من الرشاء الذي يتوصل به إلىٰ الماء[3]، وقال أبو العباس[4]: الرشوة مأخوذة من رشا الفرخ: إذا مد رأسه إلىٰ أمه لتزقه[5].

والراشي من يعطي الذي يُعينه علىٰ الباطل، والمرتشي هو الآخذ، والرائش: الذي يسعىٰ بينهما يستزيد لهذا، ويستنقص لهذا.

والرشوة في الاصطلاح: ما يعطىٰ لإبطال حق أو لإحقاق باطل[6].

وقال ابن الأثير: ما يأخذ الآخذ ظلماً بجهة يدفعه الدافع إليه من هذه الجهة[7].

وقيل: الرشوة مال يعطيه بشرط أن يعينه، والذي يعطيه بلا شرط فهو هدية[8]، وفي الإنصاف[9]: ما يعطىٰ بعد طلبه هو الرشوة والهدية ما يدفع إليه ابتداء.

والفرق بين الرشوة والهدية: أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها[10].

ب-حرمت الشريعة الإسلامية الرشوة وكل أخذ للمال فيه استغلال للمنصب أو للجاه، والرشوة في هذه

---

(١) انظر: مختار الصحاح (ص٢٤٤)، والمصباح المنير (ص٨٧)، والمعجم الوسيط (ص٣٤٧).

(٢) انظر: المعجم الوسيط (ص٣٤٨).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢/ ٢٢٦).

(٤) هو أبو العباس أحمد بن يحيىٰ بن يزيد الشيباني مولاهم البغدادي صاحب الفصيح والتصانيف، المعروف بثعالب، إمام النحو، ولد سنة (٢٠٠)هـ، وتوفي سنة (٢٩١)هـ.

انظر: بغية الوعاة: (١/ ٣٩٨-٣٩٦)، مفتاح السعادة: (١/ ١٤٦-١٤٥)، وتهذيب الأسماء واللغات: (٢/ ٢٧٥).

(٥) لسان العرب: (١٤/ ٣٩٧).

(٦) حاشية الطحطاوي علىٰ الدر: (٣/ ١٧٧).

(٧) النهاية لابن الأثير: (٢/ ٢٢٦).

(٨) انظر: التعريفات الفقهية للمجددي: ص(١٠٤).

(٩) الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٢١٢).

(١٠) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٢٧٢).

=

الأيام تتعدد أساليبها، ويجني المستغلون عن طريقها أموالاً كثيرة يسطون عليها من أصحاب الحاجات، ويقوم كثيرون باستغلال مناصبهم وجاههم من أجل جمع الثروات والإثراء على حساب الآخرين، وهو محرم بغير خلاف[١].

والأصل في تحريم الرشوة قول الله ﷻ: ﴿ب ﭗ﴾[٢].

قال الحسن: هو الرشوة[٣].

وقوله ﷺ: «**لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي**»[٤]، ويشهد له حديث ابن اللتبية أيضاً[٥].

ج-إذا ثبت هذا ففي ثبوت الملك في المال المأخوذ عن طريق الرشوة خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا يثبت فيها الملك لمن أخذها، ويجب عليه ردها إلى صاحبها إن علم بذلك، وهو مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، وهو وجه عند الشافعية[٨]، والحنابلة[٩].

وقاسوها على الغصب، أو المقبوض بعقد فاسد[١٠]. وقيل: لا يثبت الملك فيها لأجل المعصية[١١]، وجاء في

---

(١) انظر: المبسوط: (٢٠/ ١٣٩)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٠)، والثمر الداني: ص(٦٦٥)، والشرح الكبير: (٤/ ١٨١)، وروضة الطالبين: (١١/ ١٢٩)، والمجموع: (١٢/ ٣٣١)، والفروع: (٦/ ٣٩٣)، وكشاف القناع: (٦/ ٣١٦).

(٢) الآية: (٤٢) من سورة المائدة.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٩).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٧٠)، في باب في كراهية الرشوة من كتاب الأقضية، والترمذي في سننه: (٦/ ٨٢٨) في باب ما جاء في الراشي والمرتشي-من كتاب الأحكام، وابن ماجه في سننه: (٢/ ٧٧٥)، في باب التغليظ في الحيف والرشوة من كتاب الأحكام، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ١٦٤، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، و قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، قال الحاكم في المستدرك: (٤/ ١١٩)، هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وفي لفظ رواه أبو هريرة: الراشي والمرتشي في الحكم. أخرجه الحاكم في المستدرك: (٤/ ١١٥)، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ٣٨٨-٣٨٧)، وابن حبان: (١١/ ٤٦٧)، وانظر: تلخيص الحبير: (٤/ ١٨٩).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٨/ ١٦٢)، (٩/ ٨٨) في باب هدايا العمال من كتاب الأحكام، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٤٦٣)، في باب تحريم هدايا العمال من كتاب الإمارة.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٠)، والدر المختار: (٦/ ١٤٢٣).

(٧) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٤/ ١٨١).

(٨) انظر: المجموع: (١٢/ ٣٣١)، وروضة الطالبين: (١١/ ١٢٩).

(٩) انظر: الفروع: (٦/ ٣٩٣)، والإنصاف: (١١/ ٢١٢).

(١٠) انظر: الفروع: (٦/ ٣٩٣).

(١١) انظر: المجموع: (١٢/ ٣٣١).

=

الدر المختار[1]: «الرشوة لا تملك بالقبض» .

وهذا يدل على أن القياس على المقبوض بالعقد الفاسد ليس مما اعتمد عليه فقهاء الحنفية، لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد[2].

القول الثاني: إنه لا يثبت الملك فيها، وإنما تؤخذ لبيت المال، وترد إليه وذلك لخبر ابن اللتبية[3] السابق، وهو وجه للشافعية[4]، والحنابلة[5].

قال ابن قدامة: «ويحتمل أن يجعلها في بيت المال لأن النبي ﷺ: لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها. وقد قال أحمد: إذا أهدى البطريق لصاحب الجيش عيناً أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش، قال أبو بكر[6]: يكونون فيه سواء»[7].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: «من اكتسب مالاً خبيثاً مثل هذا الذي يأمر الناس بالبدع، ويأخذ على ذلك جعلاً فإنه لا يملكه، فإذا تعذر رده على صاحبه فإن ولاة الأمور يأخذونه من هذا الذي أكل أموال الناس بالباطل وصد عن سبيل الله ويصرفها في مصالح المسلمين...»[8].

وقال أيضاً: «فهذه الأموال التي تعذر ردها إلى أهلها لعدم العلم بهم، مثلاً هي مما يصرف في مصالح المسلمين عند أكثر العلماء، وكذلك من كان عنده مال لا يعرف صاحبه كالغاصب التائب والخائن التائب والمرابي التائب ونحوهم ممن صار بيده مال لا يملكه، ولا يعرف صاحبه فإنه يصرفه إلى ذوي الحاجات ومصالح المسلمين...»[9].

القول الثالث: إنها تملك بتعجيله المكافأة، وهو وجه للحنابلة[10].

---

(١) الدر المختار: (٦/ ٤٢٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٦٠).

(٣) هو عبد الله بن اللتبية بن ثعلبة الأزدري. انظر: الإصابة: (٢/ ١٦٧).

(٤) انظر: المجموع: (١٢/ ٣٣١).

(٥) انظر: الفروع: (٦/ ٣٩٣)، والمغني: (١٤/ ٦٠).

(٦) وهو أبو بكر عبد العزيز غلام الخلال.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٦٠).

(٨) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٧/ ١١١-١١٠).

(٩) المصدر السابق: (٢٨/ ٥٦٨).

(١٠) انظر: الفروع: (٦/ ٣٩٣)، وكشاف القناع: (٦/ ٣١٦).

=

الذي يظهر لي هو القول بعدم ثبوت الملك في الر شوة وما شاكلها، وذلك لأن التعامل بمثل هذه الأموال من المحرمات شرعاً، والأصل الذي بين أيدينا يدل على أن الفعل المحرم لا يقوم سبباً لنعمة الملك، ولأن الحرام لا ينبني عليه الحكم الشرعي وكذلك لا يترتب عليه الأثر الشرعي والله أعلم بالصواب.

٦-**ومنها:** قطع الطريق هل يفيد الملك في المال المأخوذ عن طريقه أم لا؟

قطع الطريق في اللغة هو المنع من سلوك الطريق، من قولهم: قطعته من حقه: منعته، ومنه قطع الرجل الطريق: إذا أخافه[١].

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم لقطع الطريق، مفادها يرجع إلى معنى هو البروز لأخذ مال، أو لقتل أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة اعتماداً على القوة، مع البعد عن الغوث[٢].

وجاء في كشاف القناع[٣] ما هو أعم من هذا: «وهو التعرض للناس بسلاح في صحراء أو بنيان أو بحر فيغصبونهم أموالهم قهراً مجاهرة أو يقتلونهم لأخذ أموالهم» . وهذا يشمل كل أحوال قطع الطريق.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ﭻ ﭼ ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ﴾[٤].

وقطع الطريق بالصفة المذكورة مثل السرقة إلا أنه يشترط فيه أن يتم الفعل على وجه المجاهرة بحيث يمتنع المارة وينقطع السبيل ويكون القصد الحصول على المال مع المدافعة والمغالبة[٥]، ولقد اختلف الفقهاء في إفادته للملك بناء على ضمان المتلفات والجراحات بعد إقامة الحد على قولين:

القول الأول: إن قطع الطريق لا يفيد الملك، فالمال الذي أخذ عن هذا الطريق يجب رده على مالكه إن كان المال باقياً، ويجب رد بدله من مثل أو قيمة إذا تلف المال أو أتلف، سواء أقيم الحد على قاطع الطريق أو لا.

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(١٩٤)، ومختار الصحاح: ص(٥٤٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٩٠)، وروض الطالب: (٤/ ١٥٤)، والإقناع لحل ألفاظ أبي شجاع: (٢/ ٢٣٨)، وحاشية القليوبي: (٤/ ١٨٩).

(٣) كشاف القناع: (٤/ ٨٩).

(٤) الآية: (٣٣) من سورة المائدة.

(٥) انظر: تفصيل الكلام في تبيين الحقائق: (٣/ ٢٣٥) وما بعدها، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٣٤٨)، ونهاية المحتاج: (٧/ ٤٠٢)، ومطالب أولي النهى: (٦/ ٢٦٢)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٧٥-٤٧٤).

=

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

وذلك لعموم النصوص الدالة من الكتاب والسنة على وجوب أداء حقوق العباد، ولأن حقوق العباد لا تقبل السقوط(٤)، ومن تلك النصوص قوله تعالى: ﴿ﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳ﴾(٥)،

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»(٦).

وعلى هذا القول إذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه تاب الله عليه وعفا عن حقه،

أما حق العبد فلا يسقط بالتوبة، فيجب على قاطع الطريق أن يرد ما أخذه إن كان باقياً ويضمن بدله لمالكه إن هلك أو أهلك أو استهلك اعتباراً بسائر حقوق العباد، فإن أداءها شرط في قبول التوبة(٧).

القول الثاني: إنه إن تاب قبل القدرة عليه، وكان المال قد هلك أو استهلك فلا يضمنه قاطع الطريق، ولا يطالب قضاء بالبدل، وعلى هذا فإن التوبة قبل القدرة تنفي وجوب الضمان عليه ويثبت له ملك التصرف، وهذا مذهب الحنفية(٨).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇ﴾(٩).

حيث أن الآية عامة في حق الله وحق العبد، فإذا سقط حق الله سقط حق العبد.

واعترض على هذا الاستدلال بأن الآية واردة في الحد، وهو مغلب فيه حق الله تعالى، وهو يسقط بالتوبة، وأما حق العبد فلا يسقط بالتوبة، ولو سلم أن الآية وردت عامة في حق الله وحق العبد، فحق العبد خارج من حكم الآية بدلالة النصوص على وجوب أداء حقوق العباد.

الذي يظهر لي هو القول بوجوب رد المال على مالكه، وعدم إفادة قطع الطريق للملك وذلك قياساً على

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٣٥٠).

(٢) انظر: نهاية المحتاج: (٨/ ٨)، ومغني المحتاج: (٤/ ٤٨٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٤٩٦) وما بعدها، وأسنى المطالب: (٤/ ١٥٤) وما بعدها .

(٤) انظر: روض الطالب: (٤/ ١٥٨)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٣٥٢-٣٥١)، وروضة الطالبين: (١٠/ ١٥٩)، والمغني: (٨/ ٢٩٥).

(٥) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٦) الحديث سبق تخريجه في ص (٢٢٧) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٩٦) وحاشية الدسوقي: (٤/ ٣٥٢-٣٥١)، وروض الطالب: (٤/ ١٥٦)، (٨/ ٢٥٥)، وروضة الطالبين: (١٠/ ١٥٩) والمغني.

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٩٥) وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٣٥) وما بعدها، وحاشية ابن عابدين: (٣/ ٢٣٤).

(٩) الآية: (٣٤) من سورة المائدة.

=

السرقة، ويؤيده الأصل الذي بين أيدينا أيضاً. والله أعلم بالصواب.

٧-**ومنها:** النجش هل يصلح أن يكون سبباً للملك أم لا؟

النجش في اللغة: أصله الاستتار؛ لأن الناجش يستر قصده فيزيد في سلعة أكثر من ثمنها، وليس قصده أن يشتريها بل ليغر غيره، فيوقعه . وقيل: أصل النجش: الختل، ومنه: قيل للصائد: ناجش، لأنه يختل الصيد وقيل: أصله الاستخراج، والاستثارة ومنه قولهم: نجش الصيد وكل شيء مستور ينجشه نجشاً: إذا استخرجه، والنجاشي: المستخرج للصيد[١].

والنجش في الاصطلاح: أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ليقتدي به غيره، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك، ويقدم على الشراء[٢].

والناجش هو الذي يزاول النجش، وهو قد يعمل هذا الفعل باتفاق سابق مع البائع بعوض، وقد يعمله بغير عوض لمصلحة البائع.

وأثر هذا الفعل في إفادة الملك في العوض المأخوذ من طريق النجش، وكذلك بيع النجش ينبني على حكم هذا التصرف من حيث الصحة والفساد وفيه مسألتان:

الأولى: حكم النجش عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في حكم النجش على قولين:

القول الأول: أن النجش حرام، وهذا قول جمهور الفقهاء[٣].

واستدلوا بأدلة منها:

١-بحديث ابن عمر رضي الله عنه **أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش**[٤].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ نهى عن النجش لما فيه من الخيانة والخداع، والنهي يقتضي التحريم

---

(١) انظر: مختار الصحاح: ص(٦٤٧)، والمصباح المنير: ص(٢٢٧)، والمغرب: (٥/ ١٥٣)، والمطلع على ألفاظ المقنع: (ص٢٨١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٠٢)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص(٢٨١)، والتعريفات الفقهية: ص(٢٢٦)، وشرح حدود ابن عرفة: (٢/ ٣٣).

(٣) انظر: العناية، وفتح القدير معاً: (٥/ ٢٣٩)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٦٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج: (٣/ ٩٢)، وحاشية الشرواني: (٤/ ٣١٥)، والمغني: (٦/ ٣٠٥-٣٠٤)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٣٩) والإنصاف: (١١/ ٣٣٩)، و سبل السلام: (٣/ ١٨).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩١)، (٩/ ٣١) في باب النجش من كتاب البيوع في باب ما يكره من التناجش من كتاب الحيل، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٥٦) في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه من كتاب البيوع.

=

عند جمهور الفقهاء[١].

قال البخاري: «الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل»[٢].

٢- وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تلقّوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد**»[٣].

القول الثاني: وهو التفصيل في المسألة، إذا زاد على قيمة السلعة فالمنع اتفاقاً، وإذا لم يزد على القيمة بل ساواها بزيادته أو كانت زيادته انقص منها فهو ممنوع على ظاهر كلام المازري، وجائز على ظاهر كلام الإمام مالك ومندوب على كلام ابن العربي، وهذا الاتجاه ذهب إليه فقهاء المالكية[٤].

الذي يظهر لي هو القول بتحريم النجش، وذلك لدلالة النص عليه، والله أعلم بالصواب.

الثانية: بيع النجش من حيث الصحة والفساد:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن بيع النجش بيع منعقد صحيح، وهو يفيد الملك، وبه يثبت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع، وهو مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية على القول الراجح[٧]، والحنابلة في الصحيح من المذهب[٨].

إلا أن الحنفية ذهبوا إلى كراهيته إذا بلغت السلعة قيمتها، أما إذا لم تبلغ فلا يكره لانتفاء الخداع عندهم[٩].

واستدلوا بأن النجش فعل الناجش لا العاقد وهو يعود إليه، فلم يؤثر في البيع، والنهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد كتلقي الركبان وبيع المعيب، والمدلس بخلاف ما كان حقاً لله؛ لأن حق العبد ينجبر بالخيار أو

(١) انظر: البحر المحيط: (٢/ ٤٤٧-٤٤٦)، ونشر البنود: (١/ ٢٠١)، وشرح التنقيح: ص(١٦٨)، والتمهيد: (١/ ٣٦٢)، وتيسير التحرير: (١/ ٣٧٦).

(٢) صحيح البخاري: (٣/ ٩١).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٢) في باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر، من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٥٥)، في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه... من كتاب البيوع.

(٤) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٣٤-١٣٣)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٦٨).

(٥) انظر: فتح القدير: (٥/ ٢٣٩) والدر المختار: (٤/ ١٣٢).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٦٨).

(٧) انظر: تحفة المحتاج: (٤/ ٣١٦)، وحاشية الشرواني: (٤/ ٣١٥).

(٨) انظر: المغني: (٦/ ٣٠٤)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٤٠)، والإنصاف: (١١/ ٣٣٩).

(٩) انظر: الدر المختار: (٤/ ١٣٢).

=

زيادة الثمن[١].

القول الثاني: إن بيع النجش باطل لا ينعقد، وهو قول أحمد في رواية عنه اختارها أبو بكر من فقهاء الحنابلة[٢]، وإليه ذهب طائفة من أهل الظاهر[٣].

واستدلوا على البطلان بالنصوص الشرعية التي ورد فيها النهي عن النجش، والنهي يقتضي الفساد أي فساد المنهي عنه وهو بطلان بيع النجش[٤].

الذي يظهر لي هو القول بصحة بيع النجش وذلك لعموم النصوص الدالة على إباحة البيع، ولأن النهي عن النجش يتوجه إلى أمر خارج عن ماهية البيع وهو النجش فيحرم ذلك الأمر الخارج، ولا يقتضي هذا فساد البيع.

إذا ثبت هذا فإن بيع النجش يثبت به الملك في المبيع والثمن، وأما إذا اكتسب به مالاً بالتواطؤ مع البائع فهو كسب خبيث حرام يجب فيه الرد على صاحبه[٥]. والله أعلم بالصواب.

٨-**ومنها**: المتاجرة بجميع أنواع المحرمات كالاتجار بالأعراض والأجساد تحت جميع العناوين، وبمختلف الوسائل والطرق ، ويدخل في هذا نشر المجلات التي تنشر العري والفساد والمجون في العالم[٦].

ومن ذلك الاتجار بالخمور والمخدرات إنتاجاً وبيعاً[٧].

ولا يمكن استقصاء هذه الطرق لكثرة الأفعال المحرمة، ولكن يمكن حصرها في ثلاث مجموعات[٨]:

المجموعة الأولى: أن يكون التحريم راجعاً إلى معنى أو وصف في العين يقتضي حظر تداولها ومنه التعامل فيها درءا للمفاسد وجلباً للمصالح. مثل:الميتة و الدم ولحم الخنزير و ما أهل لغير الله و غير ذلك

المجموعة الثانية: أن يكون التحريم راجعاً إلى ا ستيلاء غير مشروع على الشيء.مثل: السرقة و قطع الطريق والغصب و الرشوة وغير ذلك.

---

(١) انظر: المغني: (٦/ ٣٠٥).

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٣٠٥)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٤٠)، والإنصاف: (١١/ ٣٤١).

(٣) انظر: المحلى: (٨/ ٤٤٨)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٦٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٤٠).

(٥) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٩/ ٣٢١).

(٦) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ٦٠-٥٩) .

(٧) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ٦٠-٥٩).

(٨) انظر: الملكية الخاصة (ص٣١٠).

المجموعة الثالثة: أن يكون التحريم راجعاً إلى تصرف محظور شرعاً، وإن أخذ صورة العقد. مثل كل التصرفات الباطلة والفاسدة. والله أعلم بالصواب.

المبحث الرابع: قاعدة: العقد الفاسد يفيد الملك عند القبض

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تتعلق بالأسباب الناقلة للملك، وهي بمنطوقها تحوي في طياتها أحكام نقل الملك و شبهته بسبب العقود الفاسدة، والقاعدة بمفهومها تدل على أن العقود الصحيحة تكون سببًا لنقل الملك عند الفقهاء . وهي تشير إلى كيفية ثبوت الملك أيضًا في المحل الفاسد . ودراسة القاعدة تتجلى في النقاط التالية:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة من القواعد التي أشار إليها فقهاء الحنفية، وهي بالصيغة المذكورة وردت في شرح الزيادات[1]، وعبارات المتقدمين تقرر هذا المعنى، وقد جاء في الجامع الصغير[2] ما يؤيد هذا: «لأن البيع الفاسد ينعقد مفيدًا للملك عند اتصال القبض به» .

وجاء في الدر المختار[3] ما يؤكد هذا: «ولا تملك المنافع بالإجارة الفاسدة بالقبض، بخلاف البيع الفاسد فإن البيع يملك فيه بالقبض، بخلاف فاسد الإجارة حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يؤجرها، ولو آجرها وجبَ أجر المثل» .

وفي المبسوط[4] ما يفيد هذا المعنى أيضًا: «والملك بالبيع الفاسد لا يحصل إلا بالقبض» وذكر في موضع آخر[5] مفاده: لأن القبض في البيع الفاسد والهبة نظير القبول في البيع الصحيح من حيث أن الملك يحصل به، فأما قبض المشتري في البيع الصحيح فيكون مسقطًا حق البائع في الحَبْس، وإيجاب البيع لا يكون إسقاطًا لحقه في الحبس، فلا بد من الأمر بالقبض ليسقط به حقه .

وجاء تقريرًا لهذا الأصل في بدائع الصنائع[6]: «لأن المقصود من البيع هو الوصول إلى العوض، وهذا يحصل بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض؛ لأنه يفيد الملك بعد القبض."

(١) شرح الزيادات: ص(٩٠٨)، وكذلك انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٩٧)، (٤/ ١٠٠)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٤٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧) .

(٢) الجامع الصغير: ص(٣٣١) .

(٣) الدر المختار: (٦/ ٤٦) .

(٤) المبسوط للسرخسي: (٧/ ١١) .

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٤/ ١١١) .

(٦) بدائع الصنائع: (٣/ ٨٣) .

وذكر في موضع آخر[١]: ولو تصرف الفضولي في العين قبل الإجازة ينظر: إن تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل؛ لأن الملك في العقد الفاسد يقف على القبض[٢]، والفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن[٣].

ويقرر هذا الأصل أيضًا ما جاء في شرح فتح القدير[٤]: «والباطل لا يفيد ملك التصرف، ولو هلك المبيعُ في يد المشتري في البيع الباطل يكون أمانة، لأن العقد غير معتبر، فبقي مجرد القبض بإذن المالك وذلك لا يوجب الضمان .. والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به إذا كان القبض بإذن المالك، ويكون المبيعُ مضمونًا في يد المشتري فيه ... وإذا قبض المشتري المبيعَ في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان، كل واحدٍ منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته[٥]، والقاعدة وردت أيضًا بألفاظ أخرى متقاربة. فقد جاءت في المبسوط للسرخسي[٦]: القبض مقرر للملك، وفي لفظٍ: القبض يقرر الثمن[٧]، وفي لفظ: القبض فرع للملك[٨]، وفي لفظٍ: القبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح، فما كان القبض في صحيحه مضمونًا، كان مضمونًا في فاسده، وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده»[٩] وفي لفظٍ: كل عقدٍ فاسدٍ لا يفيد حكمًا قبل قبض العقود عليه[١٠]، وفي لفظٍ: "ما دَخَلَ في العقدِ استقر بالقبض"[١١].

ولشيخ الإسلام ابن تيمية تفصيل حسن في المسألة، وهو يؤكد المعنى الذي تدل عليه هذه القاعدة. فقال: «قاعدة في المقبوض بعقد فاسد (وذلك أنه لا يخلو إما أن يكون العاقد يعتقد الفساد ويعلمه أو لا يعتقد الفساد. فالأول يكون بمنزلة الغاصب حيث قبض ما يعلم أنه لا يملكه لكنه لشبهة العقد وكون القبض عن التراضي هل يملكه بالقبض أو لا يملكه أو يفرق بين أن يتصرف فيه أو لا يتصرف هذا فيه خلاف

---

(١) بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٢).

(٢) بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٠).

(٤) انظر: شرح فتح القدير على الهداية: (٦/ ٣٧١-٣٧٠).

(٥) انظر: شرح فتح القدير مع الهداية: (٦/ ٤٢٣-٤٢٢) مع تصرف.

(٦) انظر: المبسوط: (٦/ ٦٥).

(٧) انظر: المبسوط: (٢١/ ٨٢).

(٨) انظر: الانتصار للكلوذاني: (٣/ ٢٧٩).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٢٣).

(١٠) انظر: الالتزامات: ص(١٩١).

(١١) المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٥٥).

=

مشهور في الملك هل يحل بالقبض في العقد الفاسد أم لا؟

وأما إن كان العاقد يعتقد صحة العقد مثل أهل الذمة فيما يتعاقدون بينهم من العقود المحرمة في دين الإسلام مثل بيع الخمر والربا والخنزير فإن هذه العقود إذا اتصل بها القبض قبل الإسلام والتحاكم إلينا أمضيت لهم ويملكون ما قبضوه بلا نزاع لقوله تعالى: ﴿ ۀہہہھھھےےۓۓ ﴾(١) .

فأمر بترك ما بقي وإن أسلموا أو تحاكموا قبل القبض فسخ العقد ووجب رد المال إن كان باقيًا أو بدله إن كان فائتًا والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ ۀہہہھھھےےۓۓڭڭڭڭۇۇۆۆۈۈۋۋوو ﴾(٢) .

أمر الله تعالى برد ما بقي من الربا في الذمم ولم يأمر برد ما قبضوه قبل الإسلام وجعل لهم مع ما قبضوه قبل الإسلام رؤوس الأموال فعلم أن المقبوض بهذا العقد قبل الإسلام يملكه صاحبه أما إذا طرأ الإسلام وبينهما عقد ربا فينفسخ وإذا انفسخ من حين الإسلام استحق صاحبه ما أعطاه من رأس المال ولم يستحق الزيادة الربوية التي لم تقبض ولم يجب عليه من رأس المال ما قبضه قبل الإسلام لأنه ملكه بالقبض في العقد الذي اعتقد صحته وذلك العقد أوجب ذلك القبض فلو أوجبناه عليه لكنا قد أوجبنا عليه رده وحاسبناه به من رأس المال الذي استحق المطالبة به وذلك خلاف ما تقدم .

وهكذا كل عقد اعتقد المسلم صحته بتأويل من اجتهاد أو تقرير مثل المعاملات الربوية التي يبيحها مجوزوا الحيل ومثل بيع النبيذ المتنازع فيه عند من يعتقد صحته ومثل بيوع الغرر المنهي عنها عند من يجوز بعضها فإن هذه العقود إذا حصل فيها التقابض مع اعتقاد الصحة لم تنقض بعد ذلك لا بحكم ولا برجوع عن ذلك الاجتهاد»(٣) .

ويقرر هذا المعنى أيضًا ما نقله المرداوي أنَّ ابن عقيل ذكر احتمالًا بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد، وقال شيخ الإسلام: يترجح أنه يملكه بعقدٍ فاسد وعلى هذا ذكروا ... يضمنه بالثمن أي بالمسمى لا بالقيمة(٤) وعلى هذا جرت أقلام أصحاب المجلة فذكروا «البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض»(٥) .

واللفظ الذي بين أيدينا أوضح دلالة على المطلوب، وهي قاعدة تتضمن أحكام العقد الفاسد عند اتصال

---

(١) الآية: (٢٧٨) من سورة البقرة .

(٢) الآيتان: (٢٧٨-٢٨٨) من سورة البقرة .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٩/ ٤١٠) وما بعدها .

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١/ ٥١٩-٥١٨) .

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٠٧)، مادة رقم: (٣٧١) .

القبض به وهناك عبارات فقهية كثيرة توحي إلى إثبات هذا المغزى[١]، والله أعلم .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

تتكون دراسة مفردات القاعدة على الوجه المذيل:

أ-تعريف العقد الفاسد، والمقصود به في القاعدة:

١-**العقد في اللغة**: الربط، والشد والضمان والعهد[٢]، قال في القاموس[٣]: عقد الحبلَ والبيع والعهد يعقده: شدَّه . وفي المصباح المنير[٤]: قيل عقدتُ البيع ونحوه، وعقدتُ اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته، ومعقد الشيء مثل مجلس موضع عقده، وعقد النكاح وغيره إحكامه وإبرامه . قال أبو البقاء: والعقد إلزام على سبيل الإحكام وعقد اليمين: توثيقها باللفظ مع العزم عليها[٥] .

والعقد في الاصطلاح: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا[٦] .

وقيل: هو التزام المتعاقدين وتعمدهما أمرًا[٧] .

قال الزركشي: هو ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما[٨].

٢- **الفاسد في اللغة**: من فسدَ فسادًا، وفُسُودًا: ضد صلحَ فهو فاسدٌ أي غير صالح[٩]، وفي الكليات[١٠]: "الفاسد مأخوذ من فسد اللحمُ إذا أنتنَ، ويمكن الانتفاع به، والباطل من بطل اللحمُ إذا دود وسوّس وصار بحيث لا يمكن الانتفاع به ."

و **هو في الاصطلاح**: الفاسد هو ما لا يترتب عليه مقصوده[١١] . والفساد : هو عدم الإجزاء وعدم إسقاط

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠) وما بعدها، وشرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٣-٤٢٢)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٨)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٤٣) .

(٢) انظر: القاموس المحيط: ص(٣٨٢)، والمصباح المنير: ص(١٦٠) .

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(٣٨٢) .

(٤) انظر: المصباح المنير: ص(١٦٠) .

(٥) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص(٦٤١) .

(٦) التعريفات للجرجاني: ص(١٥٣) .

(٧) انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: ص(١٤٩)، طبعة جديدة .

(٨) المنثور في القواعد: (٢/ ٣٩٧) .

(٩) انظر: القاموس المحيط: ص(٣٩١)، والمصباح المنير: ص(١٨٠)، والصحاح: (٢/ ٥١٩) .

(١٠) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص(٦٩٢)، لم أجد عند أهل اللغة ما يثبت هذا الفرق، والله أعلم .

(١١) المنثور في القواعد: (٢/ ٤٠٩)، (٣/ ٧) وما بعدها .

=

القضاء في العبادات، فكل عبادة فعلت على وجه لم يجزئ ولم يسقط القضاء فهي فاسدة، وفي المعاملات: عدم ترتب الأثر المقصود من العقد على العقد، فكل نكاح لم يفد إباحة التلذذ بالمنكوحة فهو فاسد، وكل عقد لم يفد إباحة التصرف في المبيع فهو فاسد(١) .

٢-العقد الفاسد في الاصطلاح: هو ما لا يعتبره الشرعُ ولا يترتب عليه مقصوده(٢) . أو هو ما لا يكون مشروعًا أصلًا ووصفًا أو يكون مشروعًا أصلًا لكن لا يكون مشروعًا وصفًا .

مثال الأول: عقد المجنون، والصبي غير المميز، أو العقد على الميتة والدم وكل ما لا يعتبر مالًا .

ومثال الثاني: العقد في حالة الإكراه، والعقد على محل مجهول في عقود المعاوضات(٣).

٣-والمقصود بالعقد الفاسد في القاعدة : هو العقد الغالب في المعاوضات وهو البيع الفاسد، وليس المقصود به سائر العقود الفاسدة. وذلك لأن فقهاء الحنفية ذكروا هذا الأصل في موطن التعليل عند بيان حكم البيع الفاسد(٤)، وجاء في بدائع الصنائع(٥) ما مفاده: إن البيع الفاسد لا يثبت به الملك قبل القبض، لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري وفي التسليم تقرير الفساد . وإنما يملك به عند القبض؛ لأن العقد يتأكد به فيوجب حينئذٍ حكمه كالهبة لما ضَعُفَ السبب لم يثبت الملك فيها إلا بالقبض(٦) .

ب- نظرية التفريق بين الباطل والفاسد عند الفقهاء:

١ - اتجاهات الفقهاء في نظرية التفريق:

اختلف الفقهاء في هذه النظرة، وذهبوا إلى اتجاهين وهما:

الاتجاه الأول: هو التفريق بين الباطل والفاسد في باب المعاملات، وعدم التفريق بينهما في باب العبادات .

---

(١) انظر: تيسير التحرير: (٢/ ٢٣٦)، والموافقات: (١/ ١٩٨)، وفروق القرافي: (١/ ٨٢)، ومذكرة الشيخ الشنقيطي: ص(٤٥-٤٦)، والمستصفى: (١/ ٩٥)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٤٧٣) .

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٢/ ٤٠٩) .

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية: م(١٠٩، ١١٠)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٠-٥٩) .

(٤) انظر: تفصيل الكلام في بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٢)، والجامع الصغير: ص(٣١١)، وشرح فتح القدير على الهداية: (٦/ ٤٢٢-٤٢٣) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠) .

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٤) .

مذهب الحنفية(١)، وبه قال بعض فقهاء المالكية(٢)، وبعض الشافعية(٣)، وبعض متأخري الحنابلة(٤) في بعض الفروع الفقهية .

قال ابن نجيم: «الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك ... وأما في البيع فمتباينان، فباطله ما لا يكون مشروعًا بأصله ووصفه وفاسده ما كان مشروًعا بأصله دون وصفه(٥)" .

وجاء في تقريب الوصول(٦): الفساد نقيض الصحة، وتكون في العبادات وفي العقود كالبيع والنكاح وهو أعم من البطلان، لأن البطلان لا يوصف به إلا العبادات .

قال السيوطي: الباطل والفاسد عندنا مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض، وفي العبادات في الحج فإنه يبطل بالردة، ويفسد بالجماع ولا يبطل قال الإمام في الخلع: كل ما أوجب البينونة وأثبت المسمّىٰ فهو الخلع الصحيح، وكل ما أسقط الطلاق بالكلية أو أسقط البينونة فهو الخلع الباطل، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعًا وأفسد المسمىٰ فهو الخلع الفاسد(٧) .. وزاد بعضهم علىٰ ما ذكر الإجارة، وعقد الجزية والعتق(٨) .

وجاء في أسنىٰ المطالب(٩)ما يخالف القاعدة العامة عند الشافعية: «فرق الأصحاب بين الباطل والفاسد، فقالوا: إن رجع الخلل إلىٰ ركن العقد-كبيع الصبي- فهو باطل، وإن رَجعَ إلىٰ شرطه أو صفته فهو فاسد» .

وفي المدخل إلىٰ مذهب الإمام أحمد(١٠): «قال في شرح التحرير: غالب المسائل التي حكموا فيها بالفساد: هي

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩٩) وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧)، وتيسير التحرير: (٢/ ٢٣٦)، ومجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٥) وما بعدها، وأصول السرخسي: (١/ ٧٨) وما بعدها .

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول: ص(٧٧)، وأسنىٰ الطالب: (٢/ ١٧١)، وتقريب الوصول: ص(٢٣٥، ٢٣٦) .

(٣) انظر: المستصفىٰ للغزالي: (١/ ٩٥)، والمنثور للزركشي: (٢/ ٤٠٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣١٠) .

(٤) انظر: المدخل إلىٰ مذهب الإمام أحمد لابن بدران: ص(٦٩)، وما بعدها .

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧)، وكذلك مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٦-٦٥)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢) .

(٦) تقريب الوصول لابن جزي المالكي: ص(٢٣٦-٢٣٥) .

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٨٧-٢٨٦) .

(٨) انظر تفصيل الكلام علىٰ هذه الصور كلها في المنثور للزركشي: (٣/ ٨-٧)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (٢/ ٩٩-٩٨) .

(٩) أسنىٰ المطالب شرح روض الطالب مع حاشية الرملي: (٢/ ١٧١) .

(١٠) المدخل إلىٰ مذهب الإمام أحمد: ص(٦٩) وما بعدها .

=

ما إذا كان مختلفًا فيها بين العلماء، والتي حكموا عليها بالبطلان هي: ما إذا كان مجمعًا على بطلانها أو الخلاف فيه شاذ .

هذه النصوص من هؤلاء الفقهاء تقرر أنهم يسايرون نظرية التفريق بين الباطل والفاسد مع فقهاء الحنفية في بعض الفروع الفقهية رغم أن القاعدة العامة تخالف ذلك .

الاتجاه الثاني: هو عدم التفريق بين الباطل والفاسد، فالباطل والفاسد عندهم سواء وهو: ما لم يترتب أثره عليه، فلم يثمر ولم تحصل به فائدته من حصول الملك، فالصلاة الباطلة كالصلاة الفاسدة، لا تسقط الواجب ولا تبرئ الذمة، والبيع الباطل كالبيع الفاسد لا يؤدي إلى نقل الملك في البدلين ولا يترتب عليه حكم شرعي .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] فالعقد عندهم يعود باطلًا عند اختلال شرط من شرائط الصحة وهو لا يفيد حكمًا .

٢- منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور:

إن مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور هو اختلافهم في أثر النهي المتوجه إلى وصف من أوصاف العمل اللازم له كالنهي عن الصوم في يوم العيد، وأيام التشريق، والنهي عن البيع المشتمل على الربا والغرر، والنهي عن بيع المجهول ونحو ذلك، فالحنفية يرون أنه يقتضي فساد الوصف فقط، أما أصل العمل[4] فهو باق على مشروعيته والجمهور يرون أنه يقتضي فساد كل من الوصف والأصل[5] .

الذي يظهر لي أن سبب بطلان البيع عند الحنفية يرجع إلى اختلال ركن البيع أو شرط من شرائط الانعقاد . فإذا تخلف الركن أو شرط من شرائط الانعقاد كان البيع باطلًا، ولا وجود له؛ لأنه لا وجود للتصرف إلا

---

(١) انظر: شرح منهج الجليل: (٢/ ٥٥٠)، والموافقات: (١/ ٢٩٢)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٥٤)، وشرح تنقيح الفصول: ص(٧٧)، والفروق للقرافي: (٢/ ٨٢) .

(٢) انظر: البحر المحيط: (١/ ٣٢٢-٣٢٠)، والمستصفى: (١/ ٩٥)، والمنثور في القواعد: (٣/ ٩-٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٨٧-٢٨٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (٢/ ٩٩-٩٨) .

(٣) انظر: شرح الكوكب المنير: (١/ ٤٧٣)، والقواعد والفوائد الأصولية للبعلي: ص(١١٠)، وروضة الناظر: ص(٣١)، والمدخل: ص(٦٩) .

(٤) لعل هذا السبب الذي ذكروه ليس هو المرجع أو الأساس في نظرية التفريق بل التفريق ينبني عندهم على التفريق بين الأصل والوصف . و كذلك على نظرية التفريق بين الشروط ما بين صحة و انعقاد.

(٥) انظر: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب: ص(٨٨٦)، وأصول الفقه الإسلامي: (١/ ١٠٧) .

=

من الأهل في المحل حقيقة، ويكون العقد فائت المعنىٰ من كل وجهٍ إما لانعدام معنىٰ التصرف: كبيع الميتة والدم أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل .

وأما اختلال شرطٍ من شرائط الصحة فلا يجعل البيع باطلًا كما هو عند الجمهور، بل يجعله فاسدًا[1] .

ولعل سبب الاختلاف في الحكم علىٰ مثل هذه البيوع بالبطلان وعدمه قد يرجع إلىٰ الاختلاف في الدليل[2] .

٣- وتتجلىٰ ثمرة الخلاف في نظرية التفريق في صورتين[3]:

١ . صورة اعتبار القاعدة . وهو: أن العقد الفاسد يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلًا .

٢ . في صورة عدم إمكانية عودة العقد الباطل إلىٰ حالة الصحة بحالٍ من الأحوال فإنه لا يكتسب الوجود من جديد إلا بالاستئناف والتجديد، وذلك بخلاف العقد الفاسد فإنه قد ينقلب صحيحًا في بعض الأحوال بدون تجديد بحذف المفسد منه فقط .

٤-ماهية التفريق بين الباطل والفاسد عند فقهاء الحنفية:

فقهاء الحنفية يفرقون بين الباطل والفاسد ويعتبرون بينهما الفروق الآتية:

١ . إن الباطل هو الذي يكون الخلل فيه في أصل العقد أي في أساسه، والمراد بأصل العقد: هو الركن أي الصيغة -الإيجاب والقبول، والمحل .

ومعنىٰ مشروعية الركن: لا يعرض له خلل، ومعنىٰ مشروعية المحل: أن يكون مالًا متقومًا .

وأما الفاسد فهو الذي يكون الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد والمراد بوصف العقد: ما كان خارجًا عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضىٰ العقد أو كون المحل غير مقدور التسليم أو الثمنية فهي صفة تابعة للعقد[4] .

قال في فتح باب العناية: الفرق بين الباطل والفاسد أن الباطل هو الذي لا يكون صحيحًا بأصله وذلك لفوات ركنه ... والفاسد هو الذي يكون صحيحًا بأصله لا بوصفه لفوات شرطٍ من شروطه .. لو نفىٰ العوضَ .وقال: بعتكَ هذا بغير ثمنٍ يبطل، ولو قال: بعتك هذا، وسكتَ عن الثمن يفسد؛ لأن البيع يقتضي المعاوضة، فعند السكوت يحمل علىٰ قيمته فصار كأنه قال: بعته بقيمته وهي مجهولة فيفسد[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠-٢٩٩)، وتبيين الحقائق للزيلعي: (٤/ ٦٣) .

(٢) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ١٩٣)، والفروق للقرافي: (٢/ ١٤٦) وما بعدها .

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (١/ ٢٨٨-٢٨٧) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩) وما بعدها .

(٥) فتح باب العناية شرح النقاية: (٢/ ٣٣٢)، بحذف وتصرف .

=

٢. إن الباطل بيع غير منعقد أصلًا، فلا وجودَ له بخلاف الفاسد فإنه بيع منعقد شرعًا وله وجود شرعًا ولا يكون فائت المعنىٰ من كل وجه[١].

٣. إن الباطل لا يترتب عليه أي أثر شرعي ولا يفيد حكمًا أصلًا بخلاف الفاسد فإنه قد تترتب عليه بعض الآثار ولهذا يجب المهر والعدة، ويثبت النسب بالدخول في الزواج الفاسد وكذلك البيع الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض[٢].

٤. إن الباطل لا تلحقه الإجازة؛ لأنه معدوم، والإجازة لا تلحق المعدوم بخلاف الفاسد فإنه قد تلحقه الإجازة، وقد ينقلب صحيحًا بحذف المفسد منه، فإنه إذا حكم الحاكم بصحته صح العقد قضاءً حتىٰ عند من يقول ببطلانه[٣].

٥. والضابط في تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالًا في دين سماوي فالبيع باطل، سواء كان مبيعًا أو ثمنًا، فبيع الميتة والدم والحر باطل، وكذا البيع به، وإن كان في بعض الأديان مالًا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمنًا فالبيع فاسد، فبيع العبد بالخمر، أو الخمر بالعبد فاسد وإن تعين كونه مبيعًا فالبيع باطل، فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل، هذا الضابط يرجع إلىٰ الفرق بين الفاسد والباطل من حيث المحل فقط[٤].

٦. إن الباطل واجب التفاسخ بأي وجه من الوجوه، بخلاف الفاسد فإنه واجب الرفع بالاسترداد، وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره. وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد: يعني إذا كان المبيعُ مقبوضًا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولىٰ لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسلم[٥].

ج- أنواع البيع من حيث انعقاده وعدم انعقاده عند الحنفية:

البيع باعتبار انعقاده وعدم انعقاده عند فقهاء الحنفية أربعة أنواعٍ[٦]:

---

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٦-٦٥).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٣-٤٢٢).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩) وما بعدها، وشرح منح الجليل: (٢/ ٥٧٢)، ونهاية المحتاج: (٣/ ٣٩٠-٣٨٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٠)، وشرح المجلة لسليم باز: (٢/ ٦٦).

(٥) انظر: العناية شرح الهداية: (٦/ ٤٢٤).

(٦) انظر: شرح فتح القدير مع شرح الهداية: (٦/ ٤٢٢).

=

الأول: البيع الصحيح: هو البيع الجائز، وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا(١).

وهو يفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، أو هو ما ترتب عليه أثره من حصول الملك والانتفاع بالمبيع(٢)، وهو مباين للبيع الباطل.

الثاني: البيع الباطل: هو كل بيع فاته شرط من شروط الانعقاد، من الأهلية والمحلية وغيرهما ولا حكم لهذا البيع أصلًا؛ لأن الحكم للموجود ولا وجودَ لهذا البيع إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجودَ له بدون الأهلية والمحلية شرعًا كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة، وهو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه.

وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وغير ذلك(٣).

الثالث: البيع الفاسد: وهو ما شرع بأصله دون وصفه وهو مطلوب التفاسخ شرعًا وهو مباين للباطل، قال ابن عابدين: لأن ما كان مشروعًا بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلًا، وأيضًا حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيده أصلًا وتباين الحكمين دليل تباينهما(٤).

الرابع: البيع الموقوف: وهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه، وهو المسمى ببيع الفضولي، ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة والرد من المالك فيتوقف الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكمًا شرعيًا(٥).

وفي شرح المجلة: وهذا البيع صحيح ينعقد صحيحًا ذاتًا ووصفًا غير أنه يفيد الملك موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ البيع وإلا فلا(٦)، والله أعلم بالصواب.

د- أسباب فساد العقود عند الحنفية:

وقد سبقت الإشارة إلى أن البيع الفاسد عند فقهاء الحنفية -هو كل بيعٍ فاته شرط من شرائط الصحة(٧).

وعلى هذا إذا اختل شرط من هذه الشروط فإنه يعتبر سببًا لفساد البيع عندهم ويطبق عليه أحكام الفاسد.

وهذه الأسباب تعتبر من أسباب بطلان العقد وعدم اعتباره أصلًا عند جمهور الفقهاء، وحيث أن البيع

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٥)، مادة رقم: (١٠٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٣٣)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٤٣)، ومنح الجليل: (٢/ ٥٥٠)، وجمع الجوامع: (١/ ١٠١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٤٣)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٦٨) وما بعدها، وشرح المجلة: (١/ ٦٦).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٩)، وكذلك. انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ٤٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٦-٣٠٥).

(٦) شرح المجلة لسليم باز: (١/ ٦٦).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩).

الفاسد هو المصطلح الغالب عند الحنفية فأكتفي هنا بذكر أسباب الفساد عندهم:

١-عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر:

من شروط الصحة عندهم أن يكون البيع مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا .

وعلى هذا يخرج ما إذا باعَ جذعًا له في سقف أو أجرّا له في حائط أو ذراعًا في ديباج فإنه لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وفيه ضرر بالبائع، والضرر غير مستحق بالعقدِ، فكان بيع ما لا يجب تسليمه شرعًا فيكون فاسدًا[1] .

٢-وجود جهالة في المبيع، أو الثمن أو الأجل:

من شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلومًا وثمنه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيعُ، وعلى هذا لو باعَ شاة من القطيع أو ثوبًا من العدل فسد البيع، لأن الشاة من القطيع، والثوب من العدلِ مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة لفحشِ التفاوت بين شاة وشاة، وثوب وثوب، فيوجب الفساد[2] .

وكذلك إذا كان البيع فيه أجل، يشترط لصحته أن يكون الأجل معلومًا، فإن كان مجهولًا يفسد البيع، سواء أكانت جهالة الأجل فاحشة كهبوب الريح، ونزول المطر، وقدوم زيد أم متقاربة كالحصاد، والدياس[3] والنيروز [4] والمهرجان وقدوم الحاج ونحو ذلك[5] .

وهذه البياعات تنقلب جائزةً إذا أسقط الآجال المجهولة قبل حلولها عندهم خلافًا لزفر بن الهذيل فإنه يقول: لا تصح فإنها انعقدت فاسدة فلا ينقلب جائزةً، والدليل هنا إن المفسد خارج عن صلب العقد، وقد سقط قبل تقرره فينقلب العقد جائزًا[6] .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٨)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٩-١٠٨) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٦، ١٥٨)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٩)، والفتاوى الهندية: (٣/ ٣) وما بعدها .

(٣) الدياس -بكسر الدال-: هو دوس الحب بالقدم لينتشر . رد المحتار: (٥/ ٨٢) .

(٤) انظر: النيروز أو النوروز هو أول يوم من السنة الشمسية الإيرانية، ويوافق اليوم الحادي و العشرين من شهر مارس من السنة الميلادية. انظر: المعجم الوسيط:(٢/ ٩٦٢)

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٨)، وابن عابدين: (٤/ ١٠٦) وما بعدها، والاختيار: (٢/ ٢٦)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٣) .

(٦) انظر: المصادر السابقة .

=

٣-الإكراه على البيع :هذا إذا كان الإكراه غير ملجئ بالتهديد بالحبس والضرر اليسير، فإنه يوجب فساد البيع ولا يبطله، فيثبت به الملك عند القبض وينقلب صحيحًا لازمًا بإجازة المكره؛ لأن الإكراه غير الملجئ لا يعدم الاختيار وإنما يعدم الرضا وهو ليس ركنًا من أركان البيع، بل هو شرط من شروط صحته[١] وعلى هذا يخرج بيع المضطر، بيع الهازل، وبيع التلجئة[٢] .

٤-وجود شرط فاسد: من شروط صحة البيع أن يكون خاليًا عن الشروط المفسدة،[٣] وهي أنواع:

أ-الشروط التي في وجودها غرر نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل لأن الشرط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارضٍ فكان في البيع بهذا الشرطِ غرر يوجب فساده[٤] .

وعلى هذا يخرج شراء بقرة على أنها حلوب، أو قمرية على أنها تصوت أو كبش على أنه نطاح أو ديك على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ومحمد في إحدى الروايتين عنه؛ لأنه شرط فيه غرر[٥].

ب-كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري، وليس بملائم، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو إذا باعَ دارًا على أن يسكنها البائع شهرًا ثم يسلمها إليه أو أرضًا على أن يزرعها سنة فالبيع في كل هذه الصور فاسد[٦] .

ج-شرط الأجل في المبيع العين، والثمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل؛ لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلًا، وهو ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرًا مقتضى العقد فيوجب فساد العقد[٧] .

د-شرط خيار مؤبد في البيع[٨] .

هـ-شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة[٩] .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٦)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٤، ٥) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٦)، ويأتي الكلام على بيع الهازل مفصلا في قاعدة الموقوف من هذا الفصل .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٦، ١٥٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٨)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٧)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٢) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٦٩) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٠-١٦٩)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٢) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٤) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٤)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٢) .

(٩) انظر: المصادر السابقة .

=

و-شرط خيار غير مؤقت أصلًا[١] .

ز-شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر[٢]، وأما إذا كان الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده[٣] .

٥-اشتمال العقد على الربا:

من شروط صحة البيع: الخلو عن الربا؛ لأن البيع الذي فيه ربا فاسد عند الحنفية، وكذلك يشترط أن يكون البيع خاليًا عن شبهة الربا واحتمال الربا، قال الكاساني: «حقيقة الربا كما هي مفسدة للبيع فاحتمال الربا مفسد له أيضًا[٤]، لقول عبد الله بن مسعود ﷺ: "ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال[٥] ."

وكذلك شبهة الربا[٦] لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المحرمات احتياطًا[٧] .

٦-وجود الغرر الفاحش في المبيع:

والغرر هو خطر حصول الشيء وعدم حصوله[٨] وهو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا[٩]؟

فإن كان الغرر في أصل البيع بأن يكون محتملًا للوجود والعدم كبيع الثمار قبل أن تخلق وبيع الطير في الهواء قبل أن يصطادَ فالعقد باطل، وإن كان في أوصافه كبيع الرطب على النحل بتمر مقطوع فالعقد فاسد[١٠] .

٧-بيع المنقول قبل قبضه: إذا اشترى عينًا منقولة لا يصح بيعه لها قبل قبضها من البائع الأول لما روي: «**أن**

---

(١) انظر: المصادر السابقة .

(٢) انظر:المصادر السابقة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧١) .

(٤) بدائع الصنائع: (٥/ ١٨٣، ١٩٣) .

(٥) الأثر ذكره الكاساني في بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٣)، قال الألباني -رحمه الله- في سلسلة الأحاديث الضعيفة: (١/ ٥٦٥)، لا أصلَ له، قاله الحافظ العراقي في تخريج المنهاج، ونقله المناوي في فيض القدير، وأقره، وقد استدل بهذا الحديث على تحريم الرجل ابنته من الزنا وهو قول الحنفية، وهو إن كان الراجح من حيث النظر لكن لا يجوز الاستدلال عليه بمثل هذا الحديث الباطل .

(٦) بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٨) وعليها مسألة بيع العينة .

(٧) المصدر السابق .

(٨) انظر: الكليات: ص(٦٧٢)، والتعريفات الفقهية: ص(١٥٧) و(٤٨) .

(٩) انظر: المصدران السابقان .

(١٠) انظر: الاختيار: (٢/ ٢٤)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٧)، وفتح باب العناية: (٢/ ٢٣٥-٢٣٤) .

=

النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض»(١) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه(٢) .

٨-اشتمال العقد على التوقيت:

من شروط صحة البيع ألا يكون العقد مؤقتًا، فإن أقته فالبيع فاسد لأن عقد البيع عقد تمليك العين، وعقود تمليك الأعيان لا تصح مؤقتة(٣) .

ولهذا عرف بعض الفقهاء البيعَ بأنه: عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين على التأبيد(٤) .

٩-السكوت عن أحد العوضين في العقد:

من شروط صحة البيع أيضًا أن يكون البدل منطوقًا به في أحد نوعي المبادلة وهي المبادلة القولية، فإن كان مسكوتًا عنه فالبيع فاسد(٥) .

ثالثًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة، والأدلة عليها وما يتعلق بها من مسائل:

أ-اعتبار القاعدة عند الفقهاء والأدلة عليه:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة، وذهبوا إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: إن هذه القاعدة لها اعتبارها، وأن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به .

هذا مذهب الحنفية(٦)، ويوافقهم مذهب المالكية في نقل الملك بعد القبض والفوات(٧) ومذهبهم في نقل الضمان بعد القبض ويقرر المذهب المذكور عبارات فقهائهم على الوجه الآتي:

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٢٥٤) في باب في الرجل يبيعُ ما ليس عنده من كتاب البيوع، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٤٢) في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك من أبواب البيع، وابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٣٧، ٧٣٨)، في باب النهي عن بيع ما ليس عندك من كتاب التجارات، والدارمي في سننه: (٢/ ٢٥٣) في باب النهي عن شرطين في بيع من كتاب البيوع، والإمام أحمد في مسنده: (٢/ ١٧٥، ١٧٩، ٢٠٥) . والحديث حسن، انظر: تحفة الأحوذي: (٤/ ٣٦٢) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٨٠، ١٨١)، والفتاوى الهندية: (٣/ ٣) وما بعدها .

(٣) انظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٩٣)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١١٧، ١١٨) .

(٤) انظر: الفتاوى الهندية: (٣/ ٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٨٣)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٠)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢) .

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤-٢٩٩)، والهداية وشرح فتح القدير معًا: (٦/ ٤٢٢) وما بعدها، والاختيار لتعليل المختار للموصلي: (٢/ ٢٢)، ورد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٨٨)، وما بعدها وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤)، وتبيين الحقائق للزيلعي: (٤/ ٦٤، ٦٥) .

(٧) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)، وحاشية الدسوقي: (١/ ٤٣٨)، (٣/ ١٦) .

جاء في مجلة الأحكام العدلية مادة رقم: (٣٧٧)[1] البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض: يعني أن المشتري إذا قبض المبيعَ بإذن البائع صار مالكًا له، فإذا هلك المبيع بيعًا فاسدًا عند المشتري لزمه الضمان .

ويقرر ما ذهب إليه المالكية ما يأتي:

١-جاء في جواهر الإكليل ما مفاده[2]: إنما ينتقل ضمان المبيع في البيع الفاسد بالقبض من المشتري للمبيع سواء نقد ثمنه أم لا؟ ومفهوم الضمان أن ملك الفاسد لا ينتقل بقبضه بل لا بد من فواته ولهذا قال ابن الحاجب: لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض والفوات، قال في التوضيح: يعني إذا قلنا بانتقال ضمان المبيع فاسدًا بقبضه فملكه لا ينتقل به بل لا بد من ضميمة فواته، وفائدة نقل ملكه بها عدم رده، وإباحة الانتفاع به، وهذا مقابل المشهور، وإن قبض المشتري فا سدًا المبيعَ رُد المبيع لبائعه وجوبًا لبقائه على ملكه، وإن ا ستغله بعد قبضه فلا يرد؛ لأن ضمانه منه، والخراج بالضمان، ومحل رد المبيع فاسدًا إن لم يفت، فإن فات صح البيعُ المختلف في صحته وعدمها، بالثمن الذي بيع به .

٢-وفي رسالة أبي زيد القيرواني وشرحه للزروق[3] ما مفاده: كل بيع فاسدٍ فضمانه من البائع، فإن قبضه المبتاعُ فضمانه من المبتاع من يوم قبضه، والمشهور أن البيعَ الفاسدَ لا ينقل الملك بعقده، فضمانه من ربه بخلاف الصحيح فإنه على ذمة المشتري بنفس العقد على المشهور وأنه يضمنه بالقبض ولو كان مجمعًا على فساده وهو المشهور» .

٣-وفي إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك[4]: القاعدة الرابعة والتسعون: البيع المجمع على فساده هل ينقل شبهة الملك لقصد المتبايعين أم لا؟ لكونه على خلاف الشرع. اختلفوا فيه...»[5] .

٤-وفي الذخيرة للقرافي ما يؤكد هذا المعنى مفاده[6]: القبض يوجب انتقال الضمان إلى المشتري فيما لا يضمن -بمجرد العقد إما مطلقًا أو شرط مضي- زمان، ليتسع القبض على الخلاف في ذلك فيما فيه حق توفية كالمكيل، أو الموزون أو المعدود وما كان غائبًا من العاقدين حالة العقد ... وما عدا ذلك فالعقد كافٍ في

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مع شرحه: (١/ ٢٠٧) وما بعدها .

(٢) جواهر الإكليل: (٢/ ٢٧) .

(٣) شرح الزروق: (٢/ ١٢١، ١٢٢) بتصرف .

(٤) إيضاح المسالك: ص(٣٥٥) .

(٥) انظر تفصيل الكلام على القاعدة في شرح الحطاب: (٤/ ٣٨٠)، وحاشية الزرقاني: (٥/ ٩٣-٩٢) .

(٦) الذخيرة للقرافي: (٤/ ٣٤٠)، وكذلك انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٣٠) وما بعدها .

=

انتقال الملك في المتعين المتميز .

ففذلكة القول إن القبض عندهم ينقل الضمان وإن كان العقد فاسدًا وأما إذا حصل ما يعتبرونه فوتًا بعد القبض فإنه قد ينقل الملك عندهم[١]، والله أعلم .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-ا ستدلوا بحديث عائشة {: حيث ذكرت لر سول الله ﷺ أنها أرادت أن تـشتريَ بريرةَ، فأبىٰ مواليها أن يبيعوها إلا بشرط: أن يكون الولاء لهم فقال لها: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، فاشترتها مع شرط الولاء لهم[٢] .

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط، وهذا دليل علىٰ ثبوت الملك لها .

ولقائل أن يقول: حديث بريرة إنما يدل علىٰ صحة العقد وبطلان الـشرط، ولا يدل علىٰ ما ذكروه، وليس في الحديثِ أن عائـشة ا شترتها بهذا الـشرط، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بَلغهم إنكار النبي ﷺ هذا الـشرط تركوه، ويحتمل أن الشرط كان سابقًا للعقد، فلم يؤثر فيه[٣] .

٢-ولأن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجلمة استدلالًا بسائر البياعات المشروعة، والدليل علىٰ أنه بيع إن البيع في اللغة: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالًا كان أو غير مالٍ، وفي عرف الشرع: هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد ذلك فكان بيعًا، والدليل علىٰ أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع، من نحو قوله ﷻ: ﴿ ٹ ٹ ...﴾[٤] فمن ادعىٰ التخصيص والتقييد فعليه الدليل[٥] .

٣-الا ستدلال بدلالة الإجماع، وهو أنه حـصل الإجماعُ علىٰ أن البيع الخالي عن الـشروط الفا سدة مـشروع، ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكرًا لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعًا والعدم الأصلي سواء وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خاليًا عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد

(١) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (٢/ ٢٣٠)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٧) .

(٢) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٩٩)، في باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس من كتاب المكاتب، وباب ما يجوز من شروط المكاتب وباب الشروط في الولاء من كتاب الشروط. ومسلم في صحيحه: (٢/ ١١٤٣-١١٤١)، في: باب إنما الولاء لمن أعتق من كتاب العتق.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٨-٣٢٧) .

(٤) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩) .

=

مشروع ومفيد للملك بالإجماع[1] .

٤-ولأن ركن التمليك وهو قوله: بعتُ وا شتريتُ، صدر من أهله وهو المكلف المخاطب مضافًا إلى محله -وهو المال عن ولاية إذ الكلام فيهما، فينعقد لكونه وسيلة إلى المصالح، والفساد لمعنى يجاوره، كالبيع وقت النداء والنهي لا ينفي الانعقاد بل يقرره، لأنه يقتضي تصور المنهي عنه، والقدرة عليه؛ لأن النهي عما لا يتصور وعن غير المقدور قبيح[2] .

قال القرافي تحريرًا لهذا الاستدلال: «إن النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية، والمتضمن للمفسدة فاسد، فإن النهي إنما يعتمد المفاسد كما أن الأمرَ إنما يعتمد المصالحَ كالنهي عن بيع الخنزير والميتة وبيع السفيه . وتحريره: إن كان في العقد أربعة عوضان وعاقدان فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعًا سالمة عن النهي، فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها، ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدمت الماهية؛ لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها، فإذا باعَ سفيه من سفيه خمرًا بخنزير فجميع الأركان معدومة فالماهية معدومة، والنهي والفساد في نفس الماهية، وإذا باعَ رشيد من رشيد ثوبًا بخنزير فقد فقدَ ركن من الأربعة وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعًا، ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر، فإذا باعَ رشيد من رشيد فضة بفضة فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين فالوصف متعلق النهي دون الماهية، فهذا هو تحرير كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها ... إذا تقرر هذا فأصل الماهية هنا سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقًا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد، وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقًا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها . وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد فتعين حينئذٍ أن الأصل بالأصل، والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن النهي والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي، فيثبت لأصل الماهية الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب، وهو فقه حسن[3] .

وعلى هذا تقوم نظرية التفريق بين الفاسد والباطل، والله أعلم .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩) .

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ٢٢)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٣) الفروق للقرافي: (٢/ ١٤٩-١٤٨)، الفرق السبعون .

٥-الاستدلال بقياس البيع الفاسد على سائر العقود الفاسدة مثل النكاح الفاسد إذا حصل الوطء، والكتابة الفاسدة إذا وجدت الصفة، والوكالة الفاسدة إذا حصل التصرف من الوكيل فيها، والتسمية الفاسدة في عقد النكاح وكذلك العارية والخلع[١].

وللزركشي تفصيل حسن يوحي إلى الجواب على هذا الاستدلال، قال: «أن العقود الفاسدة نوعان: أحدهما: الجائزة كالشركة، والوكالة والمضاربة ففسادها لا يمنع نفوذاً للتصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها، فلا يصدق عليها أسماء العقود إلا مقيدة بالفساد.

والثاني: اللازمة، تنقسم إلى: ما لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالإحرام الصحيح في لزوم الإتمام، وكذلك الكتابة، والخلع يترتب عليهما الطلاق والعتق وإلى ما يتمكن العبد من الخروج منه كالبيع الفاسد فلا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح[٢].

ويمكن أن يجاب عن قياسهم على النكاح الفاسد بأنه غير مسلم؛ إذ الأحكام في النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالوطء، ولهذا يملك به الطلاق والظهار والخلع بخلاف الفاسد، وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء في النكاح الفاسد[٣]. ويمكن أيضًا أن يجاب عن قياسهم على الكتابة بأن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد، ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة، ولم يعتق بالأداء إلى الوارث[٤].

٦-ولأن المشتري على صفةٍ يملك المبيعَ ابتداءً بعقد، وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجبَ أن يملكه كما لو كان العقد صحيحًا[٥].

٧-ولأن الأصل المقرر أن الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان، والضمان هنا على المشتري إذا هلك المبيع بغير خلاف بين الفقهاء[٦].

الاتجاه الثاني: عدم اعتبار هذه القاعدة، بل الأصل المقرر في المعاوضات الفاسدة أن الفاسد لا يفيد حكماً كالباطل وإن حصل فيه القبض»[٧].

---

(١) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٤٥-٣٤٤)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٧٨)، والمنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ١٥).

(٢) المنثور في القواعد للزركشي: (٢/ ٤١٠-٤٠٩).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٧٨).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٧).

(٦) انظر: المبسوط: (١٥/ ١٨٣)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٨).

(٧) الكافي لابن قدامة: (٣/ ٦٢) و حاشية الجمل: (٣/ ٨٤).

=

وعلى هذا العقد الفاسد لا يفيد الحكم، ولم يحصل به ملك، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره، وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنتقَل.

وهذا مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، ويوافقهم مذهب المالكية إذا لم يتصل به فوت[٣] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-استدلوا بقوله ﷻ: ﴿ ٱﭑﭒﭓﭔﭕﭖﭗﭘ ﴾[٤].

وجه الدلالة من الآية: أن العقد الذي فيه الربا عقد فاسد، فلو كان المقبوض بعقد فاسدٍ يملكه لما توعده[٥] .

٢-ولأنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتةً أو دمًا[٦] .

ويمكن أن يجاب بأنه قياس مع الفارق، وذلك لأن نظرية التفريق بين الباطل والفاسد تقضي- على هذا الاستدلال، إذ البيع بميتة أو دم ونحو ذلك مما لا يكون مالًا شرعًا ليس ببيع أصلًا لوجود اختلال في أصل الماهية .

٣-البيع الباطل أو الفا سد محظور لكونه منهيًا عنه شرعًا، والمنهي عنه يكون حرامًا، والحرام لا يصلح سببًا لترتب الأثر عليه، وذلك لأن النهي عن التصرف إنما هو لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته .

ومعلوم أن الملك نعمة، لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، وو سيلة إلى درك المطالب، والنعمة لا تناط بالمحظور لاشتراط المناسبة بين المناط والمناط به[٧] .

ويمكن أن يفصل هنا بأن الملك ما أنيط بالمحظور بل بالبيع، وهو غير محظور ولا منهي عنه شرعًا لعموم قوله: ﴿ ٹٹ... ﴾[٨] إنما المحظور ما يتصل به من الشرط الفا سد ونحوه كما في البيع وقت النداء فإن النهي

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٧٨-٣٧٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ٧٦)، وحاشية الجمل: (٣/ ٨٥)، والإنصاف: (١١/ ٥١٨-٥١٩)، و(١٥/ ٢٦٣) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٧)، والكافي: (٣/ ٦٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٢٤٣) .

(٣) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)، والذخيرة: (٤/ ٣٤٠)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٣٠) .

(٤) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٧٨) .

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٧٨)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٧) .

(٧) انظر: نهاية المحتاج: (٣/ ٤٢٩)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٩٩)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٨) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

=

ورد فيه لمعنىٰ غير البيع وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع[١]، وإلىٰ هذا أشار القرافي بتفصيله السابق .
والمعنىٰ في هذا -كما أشار إليه القرافي .. بأن النهي يعتمد الفاسد، ومتىٰ ورد نهي بطل ذلك العقد، وذلك التصرف بجملته، فإن ذلك العقدَ إنما اقتضىٰ ملك الماهية بذلك الوصف، أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقىٰ علىٰ الأصل غير معقود عليه، فيرد من يد قابضه بغير عقدٍ[٢] .

٤-ويمكن أن يستدل علىٰ هذا الاتجاه بقوله ﷺ: «**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ**»[٣]، والبيع المنهي عنه وقعَ علىٰ غير ما أمر به الشارعُ، فيكون مردودًا فكأنه لم يوجد .

٥-أجمع سلف الأمة علىٰ الاستدلال بالنهي علىٰ الفساد[٤] وهو فساد المنهي عنه بجملته[٥] وهو لا يقتضي ترتب الأثر عليه لفساد ذاته .

أجيب بأن النهي يقتضي الفساد إذا كان لعينه وأما إذا كان لوصفه فلا يقتضي الفساد في أصله[٦] أي لا يقتضي فساد المنهي عنه .

٦-ولأن المبيع يملك بالعقد والهبة بالقبض، فلما لم ينتقل الملك بالهبة عن القبض إلىٰ العقد لم ينتقل الملك بالبيع عن العقد إلىٰ القبض[٧] .

ولقائل أن يقول: حصل تصور العقد وإلا ليس هناك مانع ولا مبيع، ولما حصل القبض تأكد وقوع العقد وترتب عليه الضمان .

٧-ولأن كل ملك ما قبض عن بيع فاسدٍ لا يخلو من أن يكونَ بالعقدِ أو بالقبض أو بهما جميعًا، فلم يجز أن يكون بالعقد وحده؛ لأنه لو لم يتعقبه القبض لم يحصل به الملك، ولم يجز أن يكون بالقبض وحده لأنه لو لم يتقدمه العقد لم يحصل به الملك، ولم يجز أن يكون بالعقد والقبض معًا لأمرين:

---

(١) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٢) انظر: الفروق للقرافي: (٢/ ١٤٩)، وانظر الجواب عليه في تهذيب الفروق: (٢/ ١٥٨) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٣١)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٤٢) .

(٤) انظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد لصلاح الدين بن كيكلدي العلائي، تحقيق د. محمد إبراهيم السلقيني، من مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق .

(٥) هذا الإجماع منتقض لوجود الخلاف فيه . انظر: البحر المحيط: (٢/ ٤٤٤)، والمستصفىٰ: (٢/ ٥٢)، والإحكام للآمدي: (٣/ ١٧٤)، والمنتهىٰ لابن الحاجب: ص(٧٣)، والمعتمد لأبي الحسين البصري: (١/ ١٨٤) .

(٦) انظر: البحر المحيط: (٢٢/ ٤٤٥)، والتمهيد في تخريج الفروع علىٰ الأصول: ص(٢٩٣-٢٩٢) .

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣١٦) .

أحدهما: أنه مخالف لموضوع البيوع التي ينتقل الملك فيها بنفس العقد .

والثاني: أن للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشتري، ومطالبته بمهر المثل إن وطئ الجارية المقبوضة بالعقد الفاسد، ولو ملكه لم يجز انتزاع ملكه في يده ولا مطالبته بمهر في وطء ملكه، فدل على انتفاء الملك في الأحوال[1] .

ليس الملك هنا كما هو في العقد الصحيح، إذ الملك الثابت في العقد الفاسد هو لتقرر الضمان عليه وإلا يرجع الضمان إلى البائع، وهو يضمن لنفسه، ولهذا قالوا: الفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن[2] .

بعد هذا العرض والبيان **الذي يظهر لي** -وهو القول بأن الفاسد يفيد الحكم عند اتصال القبض به وذلك لما يأتي:

١-لصحة نظرية التفريق بين الفاسد والباطل؛ لأن عدم التفريق يقتضي التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد وهو خلاف القواعد المقررة[3] .

٢-ولأن الأصل في المعاملات حملها على الصحة ما دامت تحتمل تلك؛ لأن تصحيح ما يتحمل التصحيح من العقود أولى من إبطاله في باب المعاملات إذ فيه يسر وسماحة .

٣-ولأن قياس البيع الفاسد على العقود الفاسدة في ثبوت الحكم قياس صحيح جار على الأصل، ولهذا ذكروا من الأصول المقررة عندهم: فاسد كل عقدٍ كصحيحه في الضمان وعدمه[4]، وكذلك: القبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح[5]، وكذلك الأصل عندهم: حكم فاسد العقود حكم صحيحها في التغابن فيما يحط[6]، فلما جاز قياسه على العقود الصحيحة جَازَ قياسه على العقود الفاسدة لجامع الفساد .

٤-ولأن القبض يتعلق به أحكام في الشرع، إذ القبض من تمام العقد في المعاوضات، جاء في روضة الطالبين[7]: «للقبض حكمان: أحدهما: انتقال الضمان إلى المشتري، فالمبيع قبل القبض من ضمان البائع[8] ...

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣١٧-٣١٦) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٠) كتاب البيوع .

(٣) أشار إليه القرافي في الفروق: (٢/ ١٤٩-١٤٨) .

(٤) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٩-٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٠٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٤٧٤-٤٧٥)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٦٨) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٢٣)، وروضة الطالبين: (٤/ ٨٩) .

(٦) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ١٢) .

(٧) روضة الطالبين: (٣/ ١٥٩) وما بعدها .

(٨) مفهوم هذا الكلام أن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري .

الحكم الثاني: التسلط على التصرف، فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض عقارًا كان أو منقولًا لا بإذن البائع، ولا دون إذنه، لا قبل أداء الثمن ولا بعده» .

هذا يدل على أن المقبوض بعقد فاسدٍ يتعلق به هذان الحكمان، إلا أن فساد العقد يمنع من التصرف في المبيع لكونه واجب الرد، وبقي انتقال الضمان لأنه مقبوض قبض ضمان لا قبض أمانة .

٥-ولأن البيع كسائر المعاوضات من الكتابة والخلع والنكاح، وليس يتوجه التفريق بينه وبين غيره من المعاوضات، والله أعلم بالصواب .

ب-صفة الملك الثابت بعد القبض في العقد الفاسد:

١-مما ينبغي التنويه به أن الملك الثابت بعد القبض في العقد الفاسد ليس كصفة الملك الثابت في العقد الصحيح، فالقائلون باعتبار هذه القاعدة، وبثبوت الملك في الجملة بالعقدِ الفاسد اختلفوا في ماهية الملك الحاصل به وذهبوا إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: أن الملك الثابت في العقد الفاسد هو الملك الخبيث الحرام، وهو القول الصحيح المختار عند جمهور الحنفية[(١)]، وهو اختيار مشائخ بلخ منهم[(٢)]، قال في بدائع الصنائع: «لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزًا عن تقرير الفساد بالتسليم»[(٣)] .

قال في فتح باب العناية[(٤)]: «ملكه أي المشتري المبيعَ ملكًا خبيثًا بالقيمة»، وفي الدر المختار[(٥)]: «إذا ملكه تثبت كل أحكام الملك إلا خمسة، لا يحل أكله، ولا لبسه، ولا وطؤها، ولا أن يتزوجها منه البائع، ولا شفعة لجاره لو عقارًا، وكذلك ولا شفعة بها وهي سادسة، قال ابن عابدين: «قوله ملكه أي ملكًا خبيثًا حرامًا فلا يحل أكله ولا لبسه، وأفاد أنه يملك عينه»[(٦)] .

واستدلوا على هذا المعنى بمسائل وهي: إذا اشترى دارًا بشراء فاسدٍ وقبضها، فبيع بجنبها دار أخرى

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٨)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤)، وكذلك المجموع: (٩/ ٣٧٧) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤) .

(٣) انظر: شرح فتح القدير والعناية معًا: (٦/ ٣٧٢) .

(٤) فتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٥) الدر المختار شرح تنوير الأبصار: (٥/ ٩٠) .

(٦) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٩) .

=

للمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه، ولو اشترىٰ جارية بشراء فاسدٍ وقبضها ثم ردها علىٰ البائع وجب عليه الاستبراء ولو بَاعَ الأب أو الوصي عبد يتيم بيعًا فاسدًا، وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه، فعلم بهذه الأحكام أن المملوك بالقبض في العتق الفاسد مملوك العين ولكنه ملك ضعيف(١) .

الاتجاه الثاني: المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف، لا مملوك العين، وهو قول مشائخ أهل العراق من الحنفية(٢) .

واستدلوا علىٰ هذا الاتجاه بأنه لو أفاد ذلك الملك أي مطلق الملك لجازَ للمشتري وطء الجارية التي اشتراها شراءً فاسدًا، وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسدٍ ويحل أكل طعام اشتراه كذلك؛ لأن الملك مطلق له، لكن ليس له ذلك وهذا يدل علىٰ أنه يفيد ملك التصرف فقط(٣).

الاتجاه الثالث: أن المملوك في البيع الفاسد مملوك ضمان، وهو يفيد شبهة الملك وهذا قول بعض فقهاء المالكية(٤) .

قال في مواهب الجليل(٥): إن البيع الفاسد لا ينقل الملك، وإنما ينقل شبهة الملك» .

وفي حاشية الدسوقي(٦):إذا كان البيع فاسدًا أي لأن الضمان فيه إنما ينتقل من البائع للمشتري بالقبض.

بعد هذا البيان **الذي يظهر لي** هو القول بأن الملك الثابت في العقد الفاسد هو ملك العين لا ملك التصرف إلا أن الملك يكون ضعيفًا؛ لكونه مستحق الفسخ وهو الذي عبر عنه فقهاء الحنفية بالملك الخبيث الحرام وأرىٰ أنه تعبير غير سديد لأن الخبيث والحرام لا يتصف بهما الملك .

ولأن ملك التصرف لا يتعلق به ضمان إذا كان عن طريق الوكالة .

وأما القول بأن الثابت هو شبهة الملك فإنه لا يفيد أن يتقرر الضمان عليه كما أنه لا يفيد صحة البيوع بالثمن المسمىٰ .

قال ابن رشد: «والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلىٰ محرمة وإلىٰ مكروهة فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت

---

(١) انظر: العناية علىٰ الهداية: (٦/ ٣٧٢) .

(٢) انظر: شرح فتح القدير، والعناية معًا: (٦/ ٣٧١، ٤٢٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٩) .

(٣) انظر: العناية: (٦/ ٣٧١) .

(٤) انظر: الذخيرة: (٤/ ٣٤٠)، ومواهب الجليل: (٤/ ٢٢٢)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٤٦)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٣١-٢٣٠) .

(٥) مواهب الجليل: (٤/ ٢٢٢)، (٤/ ٣٨٥) .

(٦) حاشية الدسوقي: (٣/ ١٤٦) .

=

بالقيمة، وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك[١] .

٢-بناءً على ما سبق اختلف فقهاء الحنفية في كيفية حصول الملك والتصرف في المبيع بيعًا فاسدًا على قولين:

القول الأول: إن جواز التصرف في المبيع مبني على ملك العين إلا أن الملك الثابت به ضعيف غير لازم ولذا لا يحل به مطلق الانتفاع وهو قول المشهور عند فقهاء الحنفية[٢] وعلى هذا جواز التصرف يحصل عن طريق العقد والقبض .... .

القول الثاني: إن المشتري يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع له، لا باعتبار تملك العين، وأن العقد لا يفيد شيئًا لفساده، وهو قول العراقيين من الأحناف[٣] .

٣-صفات الملك الثابت في العقد الفاسد:

الملك الثابت في العقد الفاسد له صفات ذكرها فقهاء الحنفية وهي على النحو التالي:

١-**إنه ملك غير لازم**: بل هو مستحق الفسخ، وذلك لأن البيع وإن كان مشروعًا في ذاته فالفساد مقترن به ذكرًا، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن إلا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه[٤] .

٢-**أن الثابت بالبيع الفا سد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل** لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح؛ لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات؛ لأنها مثل البيع في المالية إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى وهو الذي اتفق عليه الطرفان إذا صحت التسمية فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي خصوصًا إذا كان الفساد من قبل المسمى؛ لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باعَ وسكت عن ذكر الثمن .

والمعتبر في القيمة يوم القبض عند الشيخين ويوم الإتلاف عند محمد[٥]؛ لأنه به يتقرر عليه[٦] .

خالفهم فقهاء المالكية في البياعات الفاسدة المكروهة وهي البيوع المختلف في صحتها وعدمها فقالوا:

---

(١) بداية المجتهد: (٢/ ٢٣٠) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤)، والبناية: (٦/ ٣٧٧)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٦٢)، ورد المحتار: (٥/ ٨٩) .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٨٩)، والعناية: (٦/ ٣٧١) .

(٤) بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤)، والاختيار: (٢/ ٢٣)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٦٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٩٠) وما بعدها .

(٦) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

=

بصحتها بالثمن الذي بيع به(١) .

٣-إن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع، وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام، وليس الثوب، وركوب الدابة، و سكنى الدار، والا ستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، وهذا مذهب الحنفية بغير خلافٍ فيما بينهم(٢) .

٤-شروط إفادة البيع الفاسد الملك:

اشترط فقهاء الحنفية لإفادة البيع الفاسد الملك عدة شروط بيانها على الترتيب المذيل:

١-القبض، فلا يثبت الملك قبل القبض؛ لأنه واجب الفسخ رفعًا للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد(٣) .

٢-أن يكون القبض بإذن البائع صريحًا أو دلالةً، والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقب العقد قبل الافتراق بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقًا .

وعلى هذا إذا قبض بغير إذنه أصلًا لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض بغير محضر منه(٤) .

٣-أن يكون في العقد عوضان كل واحدٍ منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة، والدم والحر والربح التي تهب، والبيع مع نفي الثمن، ويجعل الكل باطلًا لعدم المالية في هذه الأشياء سواء كانت ثمنًا أو مثمنًا(٥) .

٤-ويشترط أيضًا أن لا يكون للبائع خيار الشرط، لأن شرط الخيار يمنع الملك في البيع الصحيح ففي الفاسد أولى(٦)، ووافق عليه بعض فقهاء المالكية(٧) .

---

(١) انظر: بداية المجتهد: (٢/ ٢٣٠)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)، وشرح منح الجليل: (٥/ ٦٦) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٩٠-٨٩) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٤)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٢)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٤) انظر: المصادر السابقة .

(٥) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٢)، والعناية: (٤٢٦)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٤٢٢)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٤٤) .

(٧) انظر: البيان والتحصيل: (٧/ ٥٠٧)، و(٨/ ٣٩٩) والقبس لابن العربي: (٣/ ٨٦٨) .

=

٥-اشترط فقهاء المالكية لإفادته الملك أن يكون مع القبض فوت أو أن يستغله المشتري بعد قبضه[١].

رابعًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تمثل هذه القاعدة باللفظ المذكور بيانًا مختصرًا لحكم العقد الفا سد، كما أنها توحي بمدلولها إلى نظرية التفريق بين الفاسد والباطل، وهي بمفهومها تلقي الضوء على قضية العقد الصحيح عند تمامه بالقبض، فالعقد الفاسد عند جمهور الفقهاء هو العقد الباطل، وهم لا يفرقون بينهما في الماهية، وبالتالي فيما يترتب عليه من الحكم.

فالباطل والفا سد عندهم سيان وهو ما لم يترتب أثره عليه فلم يثمر ولم تحصل به فائدة من حصول الملك . فكما أن الباطل لا يفيد الحكم فكذلك الفاسد لا أثر له، ولا تحصل فائدة، ولا يعتبر منعقدًا، فلا حكم له أصلًا؛ لأن الحكم للموجود، ولا وجودَ لهذا البيع شرعًا . وإن وجد من حيث الصورة فلا اعتبار له .

ولكن فقهاء الأحناف يفرقون بين الفا سد والباطل، فالبيع الفا سد عندهم مرتبة بين البيع الصحيح والبيع الباطل . وهو يفيد الحكم عند اتصال القبض به .

فالفا سد يفيد ملك المعقود عليه ولكنه ملك غير لازم م ستحق الف سخ إذا ح صل فيه القبض بإذن البائع صريحًا أو دلالةً . بغير اختلال بركنه .بخلاف العقد الباطل ؛ لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي[٢] .

القاعدة بهذا القيد تفيد أن العقود الفا سدة لها اعتبار شرعي إذا حصل فيها القبض وما ينقل الضمان تفادياً للفوت الذي حصل و تيسيراً في معاملات الناس.

خامسًا: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تحوي هذه القاعدة فروعًا فقهية كثيرةً من جملة البياعات الفاسدة وكذلك من جملة العقود الفاسدة، ولكن هذه المسائل يتأتى تخريجها على نظرية التفريق بين الفاسد والباطل كما سلف، وها هي الأمثلة على النحو التالي:

١-**منها**: بيع ما سكتَ فيه عن الثمن كما لو قال: بعتك هذه الدراجة ثم سكت عن ثمنها، فالبيع هنا فاسد عند فقهاء الحنفية[٣] وفقهاء المالكية[٤] .

ثم إذا قبض المشتري البيعَ بإذن البائع ثبت له الملك بخلاف لو نفى العوض قال: بعتك هذا بغير ثمن فالبيع باطل عند جمهور الفقهاء[٥] .

---

(١) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٧)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٣٠) .

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٠٧) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٨)، ورد المحتار على الدر المختار: (٥/ ٦٠)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢) .

(٤) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢١) .

(٥) انظر: رد المحتار: (٥/ ٦٠)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢١)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٣٢)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٧٨) .

=

لأن المسكوت عن الثمن كالبيع بقيمته والبيع بالقيمة فاسد؛ للجهالة[١] .

٢-**ومنها:** البيع بالقيمة كمن قال: بعتك هذه السيارة بقيمتها في السوق ثم قبض المشتري المبيعَ من البائع فإنه يملك المبيع بالقيمة لا بالثمن[٢]، ولعل فساد البيع بالقيمة جاء لأجل الجهالة فإن كانت القيمة معروفةً لدىٰ التجار وانتفت الجهالة بالعرف أرىٰ أن وصف الفساد يرتفع عن المبيع، والبيع أقرب إلىٰ الجواز، والله أعلم بالصواب .

٣-**ومنها: بيع المزابنة:** ويأتي بيان هذه المسألة علىٰ الترتيب الآتي:

١-التعريف ببيع المزابنة:

المزابنة مأخوذة من الزبن، وهو في اللغة الدفع الشديد[٣]، وقيل: للمشتري زبون لأنه يدفع غيره عن أخذ المبيع، وهي كلمة مولدة ليست من كلام أهل البادية ومنه الزبانية؛ لأنهم يدفعون أهل النار إليها[٤] .

وسميت مزابنة لأنها تؤدي إلىٰ النزاع والمدافعة بسبب الغبن[٥] .

وفي الاصطلاح عرفها جمهور الفقهاء بأنها: بيع الرطب علىٰ النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصًا أي ظنًا وتقديرًا[٦] . وفي الحديث: **المزابنة بيع التمر بالتمر**[٧] .

والخرص: الحزر[٨] وذلك بأن يقدر الرطب الذي علىٰ النخل بمقدار مائة صاع مثلًا بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التَمْرِ[٩] فلو لم يكن الثمن رطبًا فهو جائز بسبب اختلاف الجنس[١٠] .

---

(١) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٨)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٢) .

(٣) انظر: المصباح المنير: ص(٩٥)، ومختار الصحاح: ص(٤١)، والقاموس: ص(١٥٥٢) .

(٤) انظر: المصباح المنير: ص(٩٥) ، و القاموس المحيط: (ص/ ١٥٢٢)

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٥)، وحاشية القليوبي: (٢/ ٢٣٨) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٥٣)، ورد المحتار علىٰ الدر المختار: (٥/ ٦٥)، وكفاية الطالب: (٢/ ١٥٨)، وتحفة المحتاج: (٤/ ٤٧١)، وشرح المحلىٰ علىٰ المنهاج: (٢/ ٢٣٨)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٦٣)، والإنصاف: (١٢/ ٦٣)، والكليات: ص(٢٤٠)، والتعريفات الفقهية للبركتي: ص(٢٠٢) .

(٧) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٦، ٩٨)، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧١-١١٦٩) .

(٨) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٥٤) .

(٩) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٥) .

(١٠) انظر: المصدر السابق .

وعرفها ابن جزي: بأنها بيع شيء رطب بيابس من جنسه سواء أكان ربويًا أم غير ربوي[١] .

٢-حكم بيع المزابنة:

اتفق الفقهاء على عدم مشروعية بيع المزابنة وجوازه[٢] لحديث جابر بن عبد الله {: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة»[٣] .

اختلفوا في حكم بيع على قولين:

القول الأول: أنه بيع فاسد وهو مذهب الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، واستدلوا بما يأتي:

١-حديث جابر بن عبد الله {: «**نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة**»[٦] .

وفي رواية للموطأ: **أن رسول الله ﷺ: نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلًا وبيع الكَرْم بالزبيب كيلًا**»[٧] .

وحمل فقهاء الحنفية النهي على فساد الوصف المقارن به[٨] .

٢-ولأنه باعَ مكيلًا بمكيل من جنسه، فلا يجوز خرصًا[٩] .

وقالوا بفساد وصفه لشبهة الربا؛ لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل[١٠] .

قال ابن الهمام: «ومعنى النهي أنه مال الربا، فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما»[١١] .

٤-وعلل فقهاء المالكية الفساد بوجهين:

---

(١) القوانين الفقهية: ص(١٦٩-١٦٨) .

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٥٤)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٦٥)، وتحفة المحتاج: (٤/ ٢٧١) و المغني لابن قدامة: (٦/ ٦٨) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٦، ٩٨، ١٠٢) في باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، وباب بيع المزابنة من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٦٨، ١١٧١) في باب تحريم بيع الرطب إلا في العرايا .

(٤) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٧٩) وما بعدها، وابن عابدين: (٥/ ٦٥)، والشرح الكبير: (١٢/ ٦٣) .

(٥) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢٣)، وشرح منح الجليل: (٥/ ٤١، ٤٢) .

(٦) الحديث سبق تخريجه في الصفحة التي قبلها.

(٧) الحديث أخرجه الإمام في الموطأ: (٢/ ٣٢٣) في باب المحاقلة والمزابنة من كتاب البيوع، برقم: (٢٥١٨) .

(٨) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٨١) .

(٩) انظر: شرح فتح القدير، والعناية: (٦/ ٣٨١) .

(١٠) انظر: الدر المختار، ورد المحتار عليه: (٥/ ٦٥) وما بعدها، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٨١) .

(١١) شرح فتح القدير: (٦/ ٣٨١) .

أ-إنه غرر[1]، ولهذا قال في جواهر الإكليل[2]: فإن انتفىٰ الغرر فيها جازت .

ب-لجهالة أحد العوضين أو كليهما[3]، وذلك لأن الجهل بالتماثل كتحقق التفاضل والتفاضل في هذا لا يجوز؛ لأنه جنس واحد[4] .

القول الثاني: إنه بيع باطل لا يصح ولا يثبت به الملك وإن اتصل به القبض وهذا مذهب الشافعية[5]، والحنابلة[6] .

وحملوا النهي عن بيع المزابنة علىٰ فساد المنهي عنه .

وصرح فقهاء الشافعية بأن فيه الربا لعدم العلم بالمماثلة فيه[7] .

ولعل نظرية التفريق أدت إلىٰ هذا الخلاف مع اتفاقهم علىٰ عدم جوازه، وبما أن بيع التمر بالتمر بالكيل أو الوزن جائز بأصله ففساده لا يرجع إلا إلىٰ وصفه، والله اعلم بالصواب .

٣-مسألة بيع العرايا من المزابنة: وبيان ذلك علىٰ الوجه التالي:

أ-معنى العرايا لغةً واصطلاحًا:

العرايا: جمع عَرِيَّه وفي معناه سبعة أقوال[8]:

الأول: من تعرىٰ النخلة من ثمرها بالهبة .

الثاني: من عروت الرجل أعروه: إذا طلبت معروفه وهي معروف .

الثالث: العرية: النخلة يعرىٰ ثمرها للمحتاج .

الرابع: لأنها تعرىٰ من المساومة عند البيع .

الخامس: من العارية؛ لأن النخلة ترجع بعد الانتفاع بها .

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ص(١٦٩) .

(٢) جواهر الإكليل: (٢/ ٢٣) .

(٣) انظر: المصدر السابق .

(٤) انظر: كفاية الطالب: (٣/ ٣٥٤)، والثمر الداني: ص(٤٣٠) .

(٥) انظر: تحفة المحتاج، وحاشية الشرواني عليها: (٤/ ٤٧١) .

(٦) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٦٣)، والإنصاف: (١٢/ ٦٣) .

(٧) انظر: تحفة المحتاج: (٤/ ٤٧١)، ومغني المحتاج: (٢/ ٩٣) .

(٨) انظر: الذخيرة للقرافي: (٤/ ٣٩٩) وما بعدها، وانظر معناها مفصلًا في المطلع علىٰ ألفاظ المقنع: ص(٢٨٨)، ومنتقىٰ الينبوع: (٣/ ٢١٧)، المصباح المنير: ص(١٥٤) .

=

السادس: معناها من الانفراد: عريت النخلة إذا أفردتها بالبيع والهبة .

السابع: من عروت الرجل: أي أتيته فتكون مالية .

ب-والعرايا في اصطلاح الفقهاء:

١-عند الأحناف: العرايا أن يعري الرجل الرجلَ نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدوَ له، فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرًا .

قال الطحاوي: وهذا التأويل أشبه وأولى[1]، وهو مذاهب أهل التحقيق من فقهاء المالكية[2] .

٢-وعند المالكية: العرايا أن يكون للرجل النخلة أو النخلتان في و سط النخل الكثير لرجل آخر، وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم، فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين، فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير، فرخص رسول الله ﷺ لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرًا لينصرف هو وأهله عنه[3] .

٣-وعند الشافعية: أنها بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض أو العنب في الشجر بزبيب، فيما دون خمسة أوسق[4] .

٤-وعند الحنابلة: وهي: بيع الرطب في رؤوس النخل خرصًا بمثله من التمر كيلًا فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه[5]، أو هو بيع رطب في رؤوس نخلة بتمر كيلًا[6] .

ب-حكم العرايا عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: بيع العرايا جائز في الجملة، وهو مذهب جمهور الفقهاء منهم المالكية[7]، والشافعية[8]،

---

(١) شرح معاني الآثار: (٤/ ٣١-٣٠) .

(٢) انظر: الموطأ للإمام مالك: (٢/ ٣١٩)، والذخيرة للقرافي: (٤/ ٤٠١)، وكفاية الطالب: (٣/ ٤٤٥)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٣١) .

(٣) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/ ٣١-٣٠)، ونقله ابن الهمام في شرح فتح القدير: (٦/ ٣٨١)، وكذلك انظر: نيل الأوطار: (٥/ ٢٠٠) .

(٤) انظر: شرح المحلى على المنهاج: (٢/ ٢٣٨)، وتحفة المنهاج: (٤/ ٤٧٢)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢١٧) .

(٥) انظر: المقنع لابن قدامة: (١٢/ ٦٣) .

(٦) انظر: المطلع: ص(٢٨٨) .

(٧) انظر: رسالة القيرواني: ص(١٥٤)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٣١)، وكفاية الطالب: (٣/ ٤٤٥)، والذخيرة: (٤/ ٤٠١) .

(٨) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٢١٧)، وشرح المحلى على المنهاج: (٢/ ٢٣٨) .

=

والحنابلة(١)، وبه قال إسحاق وابن المنذر(٢).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١-ما رویٰ أبو هريرة رضي الله عنه-: «**أن النبي ﷺ رَخَّص في العرايا في خمسة أوسقٍ أو دون خمسة أوسقٍ**»(٣).

٢-وبحديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه: «**أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها، يأكلها أهلها رطبًا**»(٤).

قال ابن قدامة: «والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر، فلو منع مع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحالٍ»(٥).

القول الثاني: بيع العرايا من المزابنة، وهو بيع فاسد، وهذا مذهب الحنفية(٦)، ومذهب المالكية إذا كان المشتري غير المعري(٧).

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأن النبي ﷺ **نهى عن بيع المزابنة، والمزابنة بيع التَمرَ بالتَمْر**(٨).

٢-ولحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلًا بمثلٍ سواء بسواء يدًا بيدٍ فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيدٍ**»(٩).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٢٠-١١٩)، والشرح الكبير: (١٢/ ٦٣)، والإنصاف: (١٢/ ٦٣)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٥٨-٢٥٩).

(٢) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٦٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٩٩) في باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧١) في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا من كتاب البيوع.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٠٠-٩٩) في باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧٠) في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع.

(٥) المغني لابن قدامة: (٦/ ١٢١)، وكذلك انظر: الشرح الكبير: (١٢/ ٦٤).

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٨١) وما بعدها، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٣٥-٣٣٤).

(٧) انظر: الكافي لابن عبد البر: (١/ ٣١٥)، والذخيرة للقرافي: (٤/ ٤٠٣)، ومواهب الجليل: (٤/ ٥٠٤).

(٨) الحديث سق تخريجه ص(٥٢٧).

(٩) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: (١١/ ١٦) في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا من كتاب البيوع، برقم: (٤٠٣٩).

=

وفي روايةٍ: «**فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء**»[(١)] .

هذه النصوص وأمثالها تدل على أن المساواة في هذه الأشياء واجبة بالنص، والتفاضل فيها محرم، ولذا لا يجوز أن يباع جزافًا، و بيع العرايا بيع جزافاً[(٢)] .

٣-ولأنه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض أو فيما زاد على خمسة أوسق[(٣)] .

الذي يظهر لي - بعد هذا البيان- هو القول بجواز بيع العَرَايا،

وذلك لدلالة النص الخاص عليه، ولأنه مستثنى من بيع المزابنة المنهي عنه شرعًا، ولأن الرخصة تستوجب الإباحة وإلا لا معنى لها .

قال ابن المنذر: «الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرَايا، وطاعة رسول الله ﷺ أولى، والقياس لا يصار إليه مع النص، مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا»[(٤)] .

لعل الخلاف الذي جنح إليه الفقهاء في بيع العرايَا يرجع إلى اختلافهم في تفسيرها وتحقيق مناطها، مع اتفاقهم في تحريم المزابنة، واتفاقهم في رخصة العرايا ، ويتسنى لنا هذا المعنى فيما يلي:

جاء في فتح باب العناية[(٥)]: «وأما العريّة التي فيها الرخصة فهي العطية دون البيع .. وتفسيرها أن يهب الرجل ثمرة نخلةٍ من بستانه لإنسانٍ ثم يشق عليه الدخول في بستانه كل يومٍ، ولا يرض بالخلف في الوعد، والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، وهذا جائز عندنا، لأن الموهوب لا يصير ملكًا للموهوب له ما دَامَ متصلًا بملك الواهب . فما يعطيه من التمر لا يكون عوضًا بل هبة مبتدأة، وإنما سمى بيعًا مجازًا لأنه في صورته» .

وفي بدائع الصنائع[(٦)] ما يفيد هذا المعنى: «وذلك ما لا بأس به عندنا، لأنه لا بيعَ هناك بل التمر كله لصاحب النخل، فإن شاء سلم له ثمر النخل، وإن شاء أعطاه بمكيلتها من التمر إلا أنه سماه الراوي بيعًا لتصوره بصُور البيع لا أن يكون بيعًا حقيقةً بل هو عطية، ألا ترى أنه لم يملكه المعريَ له لانعدام القبض فكيف

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١١/ ١٧)، في الموضع السابق برقم: (٤٠٤٠) .

(٢) انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ٤٨-٤٧) و المبسوط : (١٢/ ١٩٠-١٩٢) والمغني لابن قدامة: (٦/ ١٢١) وما بعدها .

(٣) انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ٤٨-٤٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ١٢٠) .

(٤) الشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٦٤) .

(٥) فتح باب العناية: (٢/ ٣٣٦-٣٣٥) .

(٦) بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٤) .

يجعل بيعًا، ولأنه لو جعل بيعًا لكان بيع التمر بالتمر إلىٰ أجلٍ، وأنه لا يجوز بلا خلاف، دل أن العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقةً بل هي عطية ولأن العرية هي العطية لغةً» .

ويشهد لهذا المعنىٰ حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخَّصَ في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرًا يأكلونها رُطَبًا[1] .

ولأن الرخصة وردت لسد حاجة لصاحب العرية، وهي ليست بأصل يقاس عليه، والله أعلم بالصواب .

٤-**ومنها:** بيع العرض[2] بالخمر ونحوها مما هو مال غير متقوم وعكسه وهو بيع الخمر ونحوها بالعرض، فالبيع فاسد في العرض حتىٰ يجب قيمته عند القبض، ويملك هو بالقبض، لكن البيع في الخمر باطل حتىٰ لا يملك عين الخمر[3] .

٥-**ومنها:** لو باعَ المباحات قبل أن تُملكَ ثم قبضها المشتري هل يملكها بالقيمة أم يملكها بدون قيمة علىٰ أنها غير مملوكة لأحدٍ؟

والصحيح أن المباحات غير مملوكة للبائع وقت البيع، فالبيع فاسد ولكن المشتري يملك المبيع بالإحراز لكونه مباحَ المنفعة وغير مملوك لأحدٍ[4] .

٦-**ومنها: الإجارة الفاسدة:** إذا تسلم المستأجر العين المستأجرة أو استوفىٰ شيئًا من المنفعة هل يملك الأجرة المسماة أو أجرة المثل أم لا يملك؟

اختلف الفقهاء في المسألة وذهبوا إلىٰ مذهبين:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية وهو يبنىٰ علىٰ نظرية التفريق بين الباطل والفاسد . فالإجارة الباطلة هي إذا اختل شرط من شروط انعقادها وإن وجدت صورتها، ولأن ما لا ينعقد فوجوه في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة . وهم لا يوجبون فيها الأجر المسمىٰ ولا الأجر المثل الذي يقضون به إذا ما اختل شرط من شروط الصحة التي لا ترجع لأصل العقدِ، والتي يعتبرون العقد مع الإخلال بشيء منها فاسدًا .

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١٠/ ٤٢٥) في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا من كتاب البيوع، برقم: (٣٨٥٧).

(٢) العرض: المتاع، وكل شيء فهو عرض سوىٰ الدراهم والدنانير فإنها عين . انظر: معجم لغة الفقهاء: ص(٣٠٩) .

(٣) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٣٣) .

(٤) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٣٣)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٧-٦٦)، وهي تخرج علىٰ شركة تحصيل المباحات علىٰ أنها فاسدة عند الأحناف .

=

وأما الفاسد فهو عندهم كما سبق ما شرع بأصله دون وصفه، ولذا كان للعقد وجود معتبر من ناحيته، فجهالة المأجور، أو الأجرة أو مدة العمل أو اشتراط ما لا يقتضيه عقد الإجارة من شروط كل ذلك يجب فيه أجرة المثل عندهم عند استيفاء المنفعة بشرط ألا تزيد أجرة المثل عن المسمىٰ عند الشيخين وعند الإمام محمد -رحمه الله- فله أجر مثله بالغًا ما بلغَ .

أما من غير استيفاء شيء من المنفعة فلا شيء له عندهم[١]، وهي رواية عن الإمام أحمد أيضًا[٢] .

وذلك لأنه عقد علىٰ منفعة غير مؤقتة بزمنٍ، فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالأجر للأجير المشترك[٣] .

المذهب الثاني: وهو مذهب جمهور الفقهاء[٤]، وهم لا يفرقون بين الباطل والفاسد، ويرون العقد غير صحيح بفوات ما شرط الشارع لكونه منهيًا عنه .

والنهي يقتضي عدم وجود العقد شرعًا، سواء أكان النهي لخلل في أصل العقد أو لوصف ملازم له أو طارئ عليه، والنهي في الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه ويكون انتفاع المستأجر غير مشروع، ولا يلزمه الأجر المسمىٰ، وإنما يلزمه أجر المثل بالغًا ما بلغَ إذا قبض المعقود عليه أو استوفىٰ المنفعة أو مضىٰ زمان يمكن فيه الاستيفاء .

وذلك لأن الإجارة كالمبيع، والمنفعة كالعينِ والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل فكذلك في الإجارة[٥].

وجاء في المغني ما مفاده ملخصًا[٦]: «إذا استوفىٰ المستأجر المنافع استقر الأجر؛ لأنه قبض المعقود عليه، فاستقر عليه البدل، كما لو قبض المبيع وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة، ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر وإن لم ينتفع، وإن كانت الإجارة علىٰ عمل فتسلم المعقود عليه، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها يستقر عليه الأجر؛ لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره كما لو تلفت العين في

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٢١٨)، والمبسوط للسرخسي: (١١/ ١٤٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٩)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٢١) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٩)، والإنصاف للمرداوي: (٦/ ٨٧، ٨٨) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٩) .

(٤) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٤٢٨)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٢٦٤)، والمهذب: (١/ ٣٩٩)، وحاشية القليوبي: (٣/ ٨٦)، والمغني: (٨/ ١٩) وما بعدها، والإنصاف: (٦/ ٨٧، ٨٨) .

(٥) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٢٦٤) .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٩) .

=

يد المشتري، وكما لو كانت الإجارة على مدةٍ فمضت».

وعلى هذا تخرج مسألة ما إذا استأجر رجلًا ليحمل له كتابًا أو غيره إلى مكة أو غيرها، إلى صاحب له، فحمله فوجد صاحبه غائبًا فرده استحق الأجر، يحمله في الذهاب والرد؛ لأنه حمله في الذهاب بإذن صاحبه صريحًا، وفي الرد تضمنيًا؛ لأن تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده إذ ليست سوى رده إلا تضييعه، فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده، والله أعلم[1].

٥-ومنها: الشركة الفاسدة[2] إذا وقعت هل يملك الشريكان الربح المسمى أم لا؟ اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: الشريكان يقتسمان الربح على قدر رؤوس أموالهما في الشركة الفاسدة، ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله.

وهو مذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والمنصوص عليه عن الإمام أحمد -رحمه الله-[6] وهذا اختيار القاضي من الحنابلة[7].

وذلك لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، إلا أن يكون مال كل واحدٍ منهما متميزًا، وربحه معلومًا، فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحًا متميزًا وباقيه مختلط كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقي ماله من الربح[8].

ولأن الربح مستفاد من ماليهما، فيرجع إلى هذا الأصل عند فساد الشركة[9].

القول الثاني: أن الربح يكون على ما شرطاه، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله، وهذا اختيار

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٤).

(٢) الشركة الفاسدة: هي التي لم تتوافر فيها إحدى شرائط الصحة -كأهلية التوكيل والتوكل، وقابلية المحل للوكالة وكون الربح بين الشريكين بنسبة معلومة. انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٠).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٣٢-٣١)، وحاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦١-٣٦٠)، وفتح باب العناية: (٢/ ٥٣٤).

(٤) انظر: حاشية الخرشي على مختصر خليل: (٤/ ٢٦٧).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١٦-٢١٥).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٧).

(٧) انظر: المصدر السابق.

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٧).

(٩) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١٦).

=

الشريف أبي جعفر من فقهاء الحنابلة[1] وقد أجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها .

واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح[2] .

ولعل الأول يترجح من حيث المعنى، قال ابن قدامة: «لأن الأصل كون ربح مال كل واحدٍ لمالكه؛ لأنه نماؤه، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإذا لم يكن العقد صحيحًا بقي الحكم على مقتضى الأصل كما أن البيع إذا كان فاسدًا لم ينقل ملك كل واحدٍ من المتبايعين عن ماله»[3] .

٦-**ومنها**: النكاح الفاسد إذا حصل فيه الوطء هل تملك الموطوءة المهر المسمى أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين وهما على النحو التالي:

القول الأول: لا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى، وإنما اللازم هو مهر المثل، وهو مذهب الحنفية[4]، والشافعية[5]ومذهب الحنابلة[6] . .

لأن ذلك ليس بنكاح، إلا أنه إذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد.[7]

القول الثاني: إن ما فسدَ من الأنكحة بعد البناء ولا يكون فساده إلا لعقده أو لعقده و صداقه معًا فيجب فيه المهر المسمى للمرأة إن كان حلالًا، أما إذا لم يكن في العقد مهر مسمى كصريح الشغار أو كان حرامًا كخمر فيجب مهر المثل، وهو مذهب المالكية[8] .

الذي يظهرلي هو القول الأول، وذلك لأن الوطء في النكاح الفا سد كالقبض في البيع الفا سد، فلا بد أن يترتب عليه الأثر وهو وجوب المهر وإن كان مهر المثل، والله أعلم بالصواب .

وفي مطالب أولي النهى[9]: «كل موضع لا تصح فيه التسمية أو خلا العقد عن ذكر المهر يجب للمرأة مهر المثل بالعقد لأن المرأة لا تسلم إلا ببدلٍ ولم يسلم البدل وتعذر رد العوض فوجب بدله كبيعه سلعة بخمر».

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٧) .

(٢) انظر: المصدر السابق .

(٣) المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٨-١٢٧) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٨٧، ٣٣٥)، والفتاوى الهندية: (١/ ٣٣٠) .

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٧/ ٢٨٨) .

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات: (٣/ ٨٣-٨٢) و المغني : (١٠/ ١٨٨).

(٧) انظر: روضة الطالبين: (٧/ ٢٨٨) .

(٨) انظر: حاشية الدسوقي والشرح الكبير معًا: (٢/ ٢٤١-٢٤٠) .

(٩) مطالب أولي النهى: (٥/ ١٨٠) .

ولأن الدخول بالمرأة يوجب الحد أو المهر، وحيث انتفى الحد لشبهة العقد فيكون الواجب المهر[1].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٨٧).

المبحث الخامس: قاعدة: الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بأسباب الملك الناقلة، وهي تتعلق بسبب من أسباب الملك وهو اليد، وهي تعالج أحكام مدى ثبوت الملك في الأشـياء باليد، وبما أن اليد في باب الملك لها أثر كبير فهذه القاعدة تحتل مكانة مرموقة في أحكام الملكية.

والقاعدة دراستها تتكون من العناصر الآتية :

أولاً : الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها :

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها ابن قدامة في المغني[1]، فقال في موضع التعليل في مسألة من اشترى ممن في ماله حرام وحلال ... : «وإن علم أنه حرام فهو حرام، فلا يقبل قول المشـتري عليه في الحكم، **لأن الظاهر أن ما في يد الإنسـان ملكه**» . وقد جاء في موضـع أخر بلفظ : «**الظاهر أن ما في يد الإنسـان له**»[2] . وذكر كثير من الفقهاء باللفظ المذكور أو ما يشابهه[3] وجاء في الحاوي الكبير بلفظ : «اليد دالة على الملك فجرت مجراه»[4] . وكذلك جاء بلفظ : «**الأملاك تضاف إلى الأيدي**»[5] .

وكذلك ورد في المبسوط بلفظ : «**يد ذي اليد تدل على الملك**»[6] وهناك عبارات تدل على أصل القاعدة منها : «أقام أحد المدعيين بينة أنه اشـترى الدار من فلان وكان يملكها وأقام الآخر بينة أنه اشـتراها من مقيم البينة الأولى حكم ببينة الثاني ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة وأنت تملكها كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه»[7] . ومنها أيضاً :

«وي شترط في دعوى الم شتري من غير ذي اليد أن يقول المدعي إ شتريتها منه وهي ملكه أو ت سلمتها منه أو سلمها إلي كالشهادة يشترط فيها أن يقول الشاهد إشتراها من فلان وهي ملكه أو إشتراها أو تسلمها منه أو سـلمها إليه لا في دعوى الشـراء من ذي يد فلا يشـترط فيها ذلك بل يكفي ذكر اليد لأن اليد تدل على

(١) المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٧٢).

(٢) المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٢٠).

(٣) انظر : بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٣).

(٤) الحاوي الكبير للماوردي: (١٧/ ٣٢٦).

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري: (٦/ ٦٣)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٤٣، ٣١٥)، والمبدع (٤/ ٣٨٣)، (٥/ ٢٨٦).

(٦) المبسوط للسرخسي: (١٧/ ٤٤) .

(٧) انظر: روضة الطالبين : (١٢/ ٧٢)

الملك»[1]، وقال ابن قدامة: «ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر ولهذا يجوز لهم التصرف ويجوز شراؤه منهم واتهابه وا ستئجاره»[2] ويؤكد هذا ما جاء أيضاً: «وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي فإن علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال وإن علم أنه حرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم.

لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه فإن لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لإمكان الحلال قل الحرام أو كثر»[3].

ويعضد هذا الأصل في مضمونه أيضاً ما ذكر: «وإن طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما إليه وإن لم يثبت عنده أنه ملكهما لأن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فثبت له من طريق الظاهر ولهذا يجوز له التصرف فيه من البيع ونحوه كالاتهاب»[4]. هذه بعض النصوص توكد مضمون القاعدة وأصلها.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-معنى الظاهر لغة واصطلاحاً:

١-**الظاهر في اللغة**: فاعل من الظهور، ومن معانيه: الوضوح والانكشاف[5]. يقال: ظهر الشيء ظهوراً: «برز بعد الخفاء»، و«ظهر لي رأي: إذا علمت ما لم تكن علمته»، و«ظهرت عليه: اطلعت»، و«ظهرت على الحائط: علوت». ومنه قيل: «ظهر على عدوة: إذا غلبه»، و«ظهر الحمل: تبين وجوده»، والظهر خلاف البطن والجمع أظهر وظهور[6]. وأيضاً قيل: «استظهر به: استعان»، و«قرأه من ظهر القلب: أي حفظاً بلا كتاب»، و«الظِّهارة: نقيض البطانة»[7].

٢- **الظاهر في الإصطلاح**: «هو ما دل معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً، كالأسد في نحو قولك: (رأيت اليوم الأسد) فإنه راجح في الحيوان المفترش، محتمل و مرجوح في الرجل

(١) إعانة الطالبين: (٤/ ٢٧٢)

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٤٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ١٨٠).

(٤) المبدع: (١٠/ ١٢٠)

(٥) انظر: المصباح المنير: ص (١٤٧)، وشرح المنار للنسفي: (١/ ١٤١).

(٦) انظر: المصباح المنير: ص(١٤٧).

(٧) انظر: القاموس المحيط: ص(٥٥٨).

الشجاع، لأنه معنىٰ مجازي، والأول الحقيقي المتبادر إلىٰ الذهن»[1].

قال صاحب «التعريفات» : هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة، ولايكون محتملا للتأويل والتخصيص[2].

ب - والفقهاء رحمهم الله يفرقون بين الأصل والظاهر بفروق:

منها أن الظاهر هو الغالب في الظن، والأصل هو البينة، والظاهر هو القرينة والأصل هو القاعدة المستمرة.

والظاهر ما يعتمد علىٰ العرف والعادة، والأصل ما يعتمد علىٰ القواعد والظاهر هو الحال الطارئة، والأصل هو الاستصحاب أو ما كان عليه الشيء.[3]

والفقهاء رحمهم الله ذكروا من الأصول في باب المعاملات ما يأتي:

١-**الأصـــل براءة الذمة من الحقوق**: فمن ادعىٰ ديناً علىٰ آخر فأنكر المطلوب كان المنكر مدعىٰ عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة وقد عضده هذا الأصل.

٢-الأصل حمل العقود علىٰ الصحة،[4] فلو ادعي شخص علىٰ بطلان عقد من العقود يكون مدعياً خلاف الأصل، فعليه البينة.

٣-الأصل في الإنسان عدم المضارة والتعدي، فلو ادعىٰ شخص علىٰ الطبيب العمد فيما زاد علىٰ المأذون فيه، فادعىٰ الطبيب الخطأ فإن القول له.

٥-الأصـل في الإنسـان الفقر لسـبقه، حيث يولد خالي اليد فيكتسـب بعمله ، فيصـبح غنياً. هذه الأصـول مستفادة من شهادة ظواهر النصوص التي لا يمكن إنكارها فصارت كالمسلمات.

وأما الظاهر فيستفاد من أحد أمرين:

الأول: العرف، وهو الغالب والعادة بقوله تعالىٰ: ﴿ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ﴾ .[5]

و العرف مقدم علىٰ الأصل، وكل أصل كذبه العرف رجح هذا الأخير عليه.[6]

---

(١) انظر : كشف الأسرار عن أصول البزدوي: (١/ ٤٦، ٤٧)، وجمع الجوامع مع حاشية البناني: (١/ ٢٣٦) .

(٢) انظر : التعريفات للجرجاني: (ص/ ١٤٣) .

(٣) انظر: تبصرة الحكام (١/ ١٢٢)، وتهذيب الفروق (٤/ ١٢٠-١١٩).

(٤) انظر: مجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام: (٢٩/ ٤٦٦).

(٥) الآية: ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٦) انظر: القوانين الفقهية (ص٢٨٨)، وتهذيب الفروق (٤/ ١٢٠-١١٩).

=

الثاني: القرائن، وظواهر الحال وغلبة الظن، فمن حاز شيئاً مدة يتصرف فيه ثم ادعاه غيره فإنه يرجح قول الحائز في دعوى الملكية، ويكون الآخر مدعياً، لأن قوله يخالف الظاهر المستنبط من الواقع والقرائن فيكلف بالبينة، فإن عجز عنها وقعت دعواه بيمين الحائز.[1]

والظاهر عند فقهاء الشافعية نوعان:[2]

١- الظاهر بنفسه: هو أقوى أنواع الظاهر عندهم، وهو ما كان مستفاداً من الأصول. كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية.

٢-والظاهر بغيره: هو ما يستفاد من العرف والعوائد أو من القرائن ودلائل الحال. وإذا ذكروا الظاهر في مقابلة الأصل كان المقصود به النوع الثاني وهو الظاهر بغيره.

وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره فغالباً ما يقدم الشافعية هو الأول؛ لأنه الأقوى.

ج- تعارض الأصل والظاهر عند الفقهاء والعمل بالظاهر :

كما سبقت الإشارة أن الأصل هو القاعدة المستمرة، والظاهر عبارة عما يترجح وقوعه ويغلب على نقيضه. إذا اجتمع في جانب أصلان أو أصل وظاهر وفي جانب آخر أصل أو ظاهر فقط فلا تعارض، لأن شرطه التعارض التساوي ولا تساوي. ولكن يعمل بالراجح إذا العمل به متيقن شرعاً وعقلاً[3].

و ضابط إزالة التعارض بين الأصل والظاهر كما قال الزركشي : «إن كان الظاهر الحجة بجب قبولها شرعاً كالشهادة والرواية والإخبار فهو مقدم على الأصل قطعاً، وإن لم يكن كذلك، بل كان سنده العرف أو القرائن أو غلبة الظن فهذه يتفاوت أمرها، فتارة يعمل بالأصل وتارة يعمل بالظاهر وتارة يخرج خلاف»[4].

فالأقسام حينئذ أربعة[5] :

القسم الأول : ما يرجح فيه الظاهر جزماً. وضابطه : أن يستند إلى سبب منصوب شرعاً. من فروعه :

١-البينة، فإن الأصل براءة الذمة للمشهود عليه ومع ذلك يلزمه المدعى المشهود به قطعاً.

٢-اليد في الدعوى، فإن الأصل عدم الملك والظاهر من اليد الملك وهو ثابت بالإجماع.

٣-إخبار الثقة بنجاسة الماء إذا كان فقيها موافقاً، يقدم على أصل طهارة الماء قطعاً، وكذا إن لم يكن فقيهاً موافقاً ولكن عين تلك النجاسة.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية (ص٢٨٨).

(٢) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ٣٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٧٠-٧١)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٦٤).

(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (١/ ٣١٤)

(٤) انظر: المرجع السابق: (١/ ٣١٥)

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٦٨-٦٤)، والمنثور: (١/ ٣٢٩-٣١٥).

٤-قبول قول المرأة في حيضها وانقضاء عدتها بالأقراء ولو في مدة أقل ما يمكن.

٥-مدة الحف إذا شك في انقضاءها يأخذ بالشك ويترك الأصل.

القسم الثاني : ما فيه خلاف والأصل تقديم الظاهر على الأصل ، بأن كان سبباً قوياً منضبطاً. وفيه فروع :

١-إن شك بعد الصلاة أو غيرها من العبادات، في ترك ركن غير النية، فالمشهور أنه لا يؤثر، لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة.

٢-اختلاف المتعاقدين في الصحة والفساد، القول قول مدعى الصحة على الأظهر، لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحة، وإن كان الأصل عدمها.

٣-النوم غير ممكن مقعدته ناقض للوضوء، لأنه مظنة خروج الحدث، وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة.

٤-إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة صحت صلاته، ولا يشترط تيقن دخوله، ولا الصبر إلى أن يتيقن دخوله على الأصح، وكذلك في الإجتهاد في الأواني والفطر والصيام.

٥-لو ادعى الجاني رق المقتول ، صدق القريب في الأصح، لأنه الظاهر الغالب.

٦-شهد في واقعة وعدل، ثم شهد في أخرى بعد زمان طويل، فالأصح طلب تعديله ثانياً. لأن طول الزمان يغير الأحوال.

القسم الثالث: ما يرجح فيه الأصل جزماً وإلغاء القرائن الظاهرة، و ضابطه أن يعارضه احتمال مجرد، ومن فروعه :

١-إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو ظنه، فإنه يبنى على يقين الطهارة عملاً بالأصل.

٢-إذا شك في طلوع الفجر في رمضان، فإنه يباح له الأكل حتى يتيقن طلوعه، لأن الأصل بقاء الليل.

٣-لو ادعت الزوجة مع طول بقاءها مع الزوج أنه لم يوصلها النفقة والكسوة الواجبة فهي المصدقة، لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً .

٤-لو اختلط الحلال بالحرام، و كان الحرام مغموراً ، كما لو اشتبه محرم بنسوة قرية كبيرة، فإن له نكاح من شاء منهن، فإن الأصل الإباحة.

٥-لو ظن أنه طلق أو أعتق أو أحدث يعمل بالأصل المستصحب يلغى ظنه .

القسم الرابع: ما يرجح فيه الأصل على الأصح. و ضابطه أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف. وأمثلته لا تكاد تحصر، منها :

١-لو شك المصلي في عدد الركعات، فإنه يبنى على الأقل وهو اليقين، لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها، ولا يجوز العمل فيه بقول غيره.

٢-الدم الذي تراه الحامل هل هو حيض؟ أصح القولين: نعم، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة أو دم جبلة، والأصل السلامة، والثاني: لا. لأن الغالب في الحامل عدم الحيض.

٣-لو سقط في بئر فأرة، و أخذ قبل أن ينزح إلى الحد المعتبر، وغلب على الظن أنه لا يخلو من شعر، ولم يره، ففيه القولان، الأظهر الطهارة.

جاء في المنثور: «إنه عند تعارضهما يجب النظر في الترجيح كما في تعارض الدليلين، فإن تردد في الراجح فهي مسائل القولين، وإن ترجح دليل الظاهر عمل به، وإن ترجح دليل الأصل عمل به»[1].

و ذكر أيضاً: «محل الخلاف في تقابل الأصلين أو الأصل والظاهر ما إذا لم يكن مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان فالعمل بالراجح متعين»[2].

ب- المقصود بالظاهر هنا ما يقابل الأصل عند الفقهاء، وهو الذي يترجح وقوعه، يطلق ويراد به غلبة الظن[3] والأصل هنا هو القاعدة المستمرة، مثال ذلك الأصل في الإنسان أنه حر،فإن كان رجل في يد آخر فالظاهر أنه عبده. وكذلك الأصل في العقود الصحة، والظاهر بعد تمام العقد هو النفوذ. وهذا الظاهر هو الذي يستفاد من الأصول، و هو المعبر عنه عند فقهاء الشافعية: " **الظاهر بنفسه**.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تنص على أن المتبادر إلى الذهن والراجح وقوعه هو ثبوت الملك فيما هو في حوزة الإنسان وقبضته. لأن اليد يستفاد بها ملك التصرف في الأملاك، فإذا ثبتت يد إنسان على شيء فإنه يفيد ثبوت ملكه فيه بناءً على الظاهر الذي هو غلبة الظن، لأن ما في يد الإنسان لا يزاحمه غيره، ولا يدعى عليه أحد غالبًا وإن كان هذا يحتمل أنه لا يملكه بل أخذه إعارة أو إجارة أو غصبًا ونحو ذلك.

القاعدة تفيد أيضاً على أن الحكم هنا إن بنى على الظاهر وغلبة الظن، وهذا الحكم لا يكون مبنياً على البينة، فإن جاءت بينة تعارض هذا الظاهر، وتثبت الملك لغيره، فإن الحكم يقوم على البينة لا على الظاهر كما سبق بيان ذلك، لأن الأصل في الحكم هو اعتماده على البينة.

---

(١) انظر: المنثور: (١/ ٣١٣).

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (١/ ٣١٤) و نقل هذا عن ابن الرفعة.

(٣) انظر: موسوعة القواعد للبرنو (٢/ ١٠٤).

والقاعدة بمفهومها العام تفيد أيضاً أن ما ليس في حوزة الإنسان ويده فإن الظاهر فيه أنه ليس ملكاً لأحد من الناس ، وإن كان من المباحات فهو الأصل، وإما إن كان من المملوكات وعلم عليه علامة الملك فالظاهر أنه مملوك من باب اللقطات.

والقاعدة تشير -أيضاً- إلى أن اليد لها دلالة وا ضحة على ا ستمرار الملك وا ستقراره، ومن هنا تأتي مسألة حيازة الشيء المدة الطويلة، ويشترط في إثبات اليد والحكم بها أن لا يكون هناك منازع لها. وتكون اليد قوية يحكم بها إذا اقترن به سبب من أسباب الملك، مثل الذي صاد صيداً، فأخذه فالصيد مملوك له وهو في يده. و المقصود باليد في القاعدة هو إثبات اليد و السيطرة على ما من شأنه أن يملك أو يتملك.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة تدل على أن اليد مما يستدل به على ثبوت الملكية.

وهو الظاهر عند الفقهاء لأن النظر في تعارض البينات عند تساويها يرجع إلى وضع اليد.

هذه القاعدة اعتبرها الفقهاء صحيحة من حيث التطبيق عليها وتخريج الفروع عليها.[1]

والقاعدة تنص على تعارض الدعويين تمسكاً بظاهر اليد، أو تعارض البينتين أخذاً بظاهر اليد، فيحكم بين المتداعين بأرجحية يد أحدهما على الآخر.

ويظهر هذا في المسائل الآتية:

١-إذا تنازع إثنان في دابة أحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن الظاهر أنها في يده.

٢-إذا تنازع اثنان في قميص أحدها لابسه، والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى، لأنه مستعمل للقميص.

٣-إذا كان حائط بين دارين فادعى كل من المالكين المتجاورين فإذا كان لأحدهما اتصال بالبناء اتصال التزاق وارتباط فهو له لأنه كالمتعلق به.[2]

هذه المسائل وغيرها من الفروع الفقهية تؤكد أن القاعدة لها مكانتها في الصحة والاعتبار.

والله أعلم بالصواب.

خامساً : الفروع المندرجة تحت القاعدة :

١-**منها**: وإذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه أو أن

---

(١) انظر: المبسوط (١٧/ ٨٧ وما بعدها)، وشرح فتح القدير (٦/ ٢٤٧)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٥٥)، والقوانين الفقهية (ص٢٨٨)، وتبصرة الحكام (١/ ١٢٦)، وتهذيب الفروق (٤/ ١٢٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٧٠-٧١)، وكشاف القناع (٤/ ٢٢٧)، والمغني (٩/ ٢٧٢).

(٢) انظر: تفصيل الكلام في شرح فتح القدير (٦/ ٢٥١ وما بعدها).

خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالدًا باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لأن الإنسان قد يبيع ما لا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للمدعي أو لمن باعه فالظاهر أنه ملكه لأن اليد تدل على الملك، وهذا مذهب الشافعي وإنما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما إذا لم يذكر السبب[١] .

٢-**ومنها:** لو أراد أن يطأها في الظهار قبل أن يكفر وقالت المرأة لا أمكنك من الوطء لاني محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني -رحمه الله- إنه ليس لها أن تمتنع فإن امتنعت سقط حقها من المطالبة كما نقول فيمن له دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال لا آخذه لأنه مغصوب إنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من الدين.

قال الشيرازي: «عندي أن لها أن تمتنع لأنه وطء محرم فجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ويخالف صاحب الدين فإنه يدعي أنه مغصوب والذي عليه الدين يدعي أنه ماله والظاهر معه فإن اليد تدل على الملك»[٢] .

٣-**ومنها:** لو كانت في يد جماعة دار أو أرض طلبوا من القاضي قسمتها بينهم فإن أقاموا بينة أنها ملكهم أجابهم إلى القسمة وإن لم يقيموها فطريقان عند فقهاء الشافعية أصحهما قولان:

أحدهما: لا يجيبهم فربما كانت في أيديهم بإجارة أو إعارة فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي .

والثاني: يجيبهم لأن اليد تدل على الملك لكن يكتب أنه إنما قسم بينهم بدعواهم لئلا يتمسكوا بقسمته[٣] .

٤-**ومنها:** لو كانت دار في يد رجل، فادعاها رجلان، فقال أحدهما: هذه الدار لي غصبني عليها صاحب اليد، وأقام على ذلك بينة . وقال الآخر: هذه الدار لي أقر لي بها صاحب اليد، وأقام على ذلك بينة . حكم بالدار للمغصوب منه دون المقر له، لأنه قد صار صاحب اليد بالبينة غاصبًا . وإقرار الغاصب مردود . وكذلك لو ادعاها الآخر أنه ابتاعها منه، كان بيع الغاصب مردوداً[٤] . وأما إذا لم يثبت عليه الغصب فالحكم

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ٢٦٤)

(٢) المهذب للشيرازي: (٢/ ١١١).

(٣) انظر : روضة الطالبين: (١١/ ٢١٩) وكذلك: (١٢/ ٧١).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٧/ ٣٢٧-٣٢٦) .

=

لصاحب اليد.

٥-**ومنها**: لو كان في يد رجل دار، فأدعيت عليه، وأقام مدعيها البينة أنها كانت في يده أمس، يكون القول قول صاحب اليد مع يمينه، لأنه قد يكون في يديه ما ليس له[1].

(١) انظر: الحاوي الكبير: (١٧/ ٣٢٥).

المبحث السادس: ضابط: اليد الطارئة غير موجبة للملك

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بأسباب الملك الناقلة، وهو يحوي في طياته مدىٰ أثر اليد الطارئة في ثبوت الملك علىٰ اليد المتقدمة.

وهو يتضمن أيضاً سببية وضع اليد في نقل الملكية.

ودراسة الضابط تشتمل علىٰ النقاط الآتية:

أولاً: الكلام على أصل الضابط ووضعه وألفاظه.

هذا الضابط بصيغته المذكورة ذكره الماوردي في الحاوي الكبير[١] بحيث قال: «إن اليد غير موجبة للملك، وإنما يستدل بظاهرها علىٰ الملك، وإن جاز أن تكون بغير ملك، لدخولها بغصب أو إجارة فإذا زالت بيد طارئة صارت الثابتة أولىٰ من الزائلة؛ لجواز انتقالها من مالك طارئ من ابتياع، أو هبة، فبطل بزوالها ما أوجبه بظاهرها»[٢].

وقال أيضاً: «وإذا وجب ما ذكرنا أن تكون البينة باليد المتقدمة غير مسموعة مع ما حدث من اليد الطارئة فإنما لا تسمع إذا كانت مقصودة علىٰ تقدم اليد، فإن شهدت مع تقدم اليد بالسبب الذي انتقلت به إلىٰ اليد الطارئة من غصب أو وديعة أوعارية وجب سماعها والحكم به؛ لأنه قد بان بالبينة أن اليد الطارئة غير موجبة للملك، فثبت بها حكم اليد المتقدمة» .

وجاء بلفظ: «اليد اللاحقة تابعة لليد السابقة»[٣].

وهناك عبارات للفقهاء تشير إلىٰ مدلول هذا الضابط. ومنها: ما جاء في حاشية الدسوقي[٤]: «فإن أخذ الصيد إنسان فنازعه آخر وادعىٰ أنه واضع يده عليه قبل أن يأخذه فعلىٰ مدعي وضع اليد إثبات ذلك فإن لم يثبت فالظاهر أنه يقسم بينهما لأنه كمال تنازعه اثنان...» .

وقال البنّاني[٥]: «المطابق للقواعد أنه يكون للآخذ فقط لحيازته وإنما عليه اليمين لمن ادعىٰ أنه واضع اليد أو يردها عليه» .

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (١٧/ ٣٢٦).

(٢) المصدر السابق (١٧/ ٣٢٦).

(٣) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٧٢-٣٦٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٦٢).

(٤) حاشية الدسوقي: (٢/ ١٠٩) .

(٥) وهو أبو عبد الله محمد بن حسن بن محمود الصنهاجي الماسي المعروف ببابا، من فقهاء المالكية، ولد سنة (٩٦١) وتوفي سنة (١٠٣٢) .

وقال أيضاً: «حاصله أن الإنسان إذا حاز عقاراً مدة طويلة كأربعين سنة أو عشرين على ما يأتي وتصرف فيه تـصر الملاك في أملاكها بهدم أو قلع شجر أو غرس أو زرع عـشرة أ شهر و شاع عند الناس أن ذلك العقار ملكه فيجوز أن تشهد البينة لذلك الحائز إذا نازعه غيره بالملك بأن تقول: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن ذلك العقار ملك لذلك الحائز فلا ينزع بها من يد حائز... فالمشترط فيه الطول كأربعين أو عـشرين سنة إنما هو الحوز وأما التصرف بالهدم والبناء والزرع من غير منازع فيكفي أن يكون عشرة أشهر من مدة الحيازة التي هي عشرون سنة أو أربعون... أن التصرف وطول الحيازة إنما يشترطان في الشهادات بالملك بتاً وأما الشهادة بالملك سماعاً فيكفي فيها مجرد الحوز، فالشاهد بالملك على وجه البت يعتمد في الشهادة بذلك على وضع اليد عليه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ونسبتها مع ذلك لنفسه وعدم المنازع وطول الحيازة وأما الشاهد بالملك على وجه السماع فيعتمد في شهادته بذلك على الحيازة وإن لم تطل وإن لم يحصل تصرف»[1]. يفهم من هذه العبارة أن يد الحائز يد طارئة وهي لا تكون موجبة للملك بناء على مجر ثبوت اليد.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-معنى اليد لغة واصطلاحاً:

اليد في اللغة: مؤنثة أصلها «يَدْيٌ» على «فَعْل» ساكنة العين؛ لأن جمعها «أَيْدٍ» و«يُدِيَّ» وقد جمعت الأيدي في الشعر على «أياد» وهو جمع الجمع[2].

واليد: النعمة والإحسان تسمية بذلك لأنها تتناول الأمر غالباً، وتطلق اليد على القدرة، ويده عليه: أي سلطانه، والأمر بيد فلان: أي في تصرفه، وقوله تعالى: ﴿گـگگگـگـ﴾[3]، أي: عن قدرة عليهم وغلب، وأعطى بيده: إذا انقاد واستسلم، والدار في يد فلان: أي في ملكه، وأوليته يداً: أي نعمة، والقوم يد على غيرهم: أي مجتمعون متفقون، وبعته يداً بيد: أي: حاضراً بحاضر[4].

واليد: القوة، وأيده: أي قوّاه[5].

---

(١) حاشية الدسوقي: (٤/ ١٩٦)، كفاية الطالب: (٢/ ٤٨٢).

(٢) انظر: مختار الصحاح: ص(٧٤١).

(٣) الآية: (٢٩) من سورة التوبة.

(٤) انظر: المصباح المنير: ص (٢٦٠).

(٥) انظر: مختار الصحاح: ص (٧٤٢).

اليد في الاصطلاح: هي من المنكبة إلى أطراف الأصابع[١].

وفي الحقيقة أن معناها الا صطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي[٢]، والفقهاء يستعملون كلمة "اليد" بمعنى حوز الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به[٣].

ب-أقسام اليد:

أولاً: تقسيم اليد باعتبار ثبوتها واستقرارها:

تنقسم اليد بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القســم الأول: اليد الثابتة: وهي يد المالك في ملكه، وهي يد معتبرة شرعاً عن ترتب أثر العقد عليها، وقد يقال لها اليد المستحقة[٤].

القسم الثاني: اليد الطارئة: هي يد المتملك أو اليد المترتبة على يد الملك وهي اليد التي تكون طارئة على ملك أحد بسبب من أسباب الملك، سواء كانت محقة أو غير محقة[٥]، ويقال لها: اليد اللاحقة[٦].

ثانياً: تقسيم اليد باعتبار وجوب الضمان عليها وعدمه:

تنقسم اليد بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: يد ضمان: هي ما كان فيه القابض مسئولاً عن المقبوض تجاه الغير، فيضمن إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، وقد تسمى باليد العادية[٧].

أنواع الأيدي الضامنة: وهي

١-يد المشتري على المبيع.

٢-يد القابض على سوم الشراء[٨].

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص (٢٦٠)، والتعريفات الفقهية: ص (٢٤٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٢٥٦)، وحاشية الدسوقي: (٢/ ٤٠٦)، ومغني المحتاج: (١/ ٥٢)، وتفسير القرطبي: (٨/ ١١٥).

(٣) انظر: جامع الفصولين: (١/ ١٠٧).و الكتاب مع اللباب: (٥/ ٥٠) والطرق الحكمية: (ص/ ٩٧ وما بعدها) .

(٤) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٢٧٤).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٧/ ٣٢٦).

(٦) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٧٢).

(٧) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٢٧٤).

(٨) انظر: الدر المختار ورد المحتار: (٤/ ٥١،٥٠)، كشف القناع: (٣/ ٣٧٠).

=

٣-يد الغاصب على المغصوب(١).

٤-يد المستعير على العارية، عند الجمهور وخلافاً للحنفية(٢).

٥-يد المقترض بعد قبض القرض(٣).

٦-يد الأجير المشترك: عند المالكية والصاحبيين من الحنفية وقول لأحمد(٤).

القسم الثاني: يد أمانة: هي ما كان فيه القابض غير مسئول عن المقبوض إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ .

أنواع الأيدي الآمنة:وهي

١-يد المودع على الوديعة(٥).

٢-يد الأجير الخاص(٦).

٣-يد الشريك(٧).

٤-يد المضارب(٨).

٥-يد الموهوب له(٩).

---

(١) انظر: رد المحتار: (٥/ ١٣٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٧٩).

(٢) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٧٦) وما بعدها، والمغني: (٥/ ٢٠٣)، والقواعد لابن رجب: ص (٥٩)، وبداية المجتهد: (٢/ ٣٨٢).

(٣) انظر: حا شية عميرة على شرح المحلى على المنهاج: (٢/ ٢٦٠)، والدر المختار: (٤/ ١٧٣)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٧٦)، والشرح الكبير: (٤/ ٣٥٧).

(٤) الأجير المشترك هو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل. لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ. انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٢١٠)، المبسوط: (١٥/ ١٠٣)، شرح فتح القدير: (٧/ ٢٠١)، مغني المحتاج: (٢/ ٣٥١)، والمغني: (٥/ ٤٨٧)، وغاية المنتهى: (٢/ ٢١٣) وما بعدها .

(٥) انظر: المبسوط: (١١/ ١٥٧)، والمغني: (٥/ ١٨).

(٦) الأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجر بتسلم نفسه في المدة، وإن لم يعمل، كالخادم في المنزل.

انظر: مختصر الطحاوي: ص (١٢٨)، والفتاوى الهندية: (٤/ ٢٨٦)، وتبيين الحقائق: ص (١١٠، ١٣٤)، بدائع الصنائع: (٤/ ٢١١)، مغني المحتاج: (٢/ ٣٥١)، والمغني: (٥/ ٤٨٨).

(٧) انظر: المبسوط: (١١/ ١٥٧)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٣٢٠)، وفتح القدير: (٥/ ٢٧)، والمهذب: (١/ ٣٤٧)، بداية المجتهد: (٢/ ٢٥٣)، والمغني: (٥/ ١٨).

(٨) انظر: مختصر الطحاوي: ص(١٢٤)، شرح فتح القدير: (٧/ ٥٨)، الشرح الكبير: (٣/ ٥٣٦)، مغني المحتاج: (٢/ ٣٢٢)، والمغني: (٥/ ٧٩).

(٩) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٢٩-١٢٨).

=

٦-يد الموصى له[١].

٧-يد المستعير (عند الحنفية)[٢].

٨-يد المرتهن: عند الشافعية والحنابلة[٣].

ج-المقصود باليد الطارئة في القاعدة:

هي اليد التي وضعت في ملك سابق وطرأت عليه، وتشمل اليد اللاحقة التي تخلف اليد المتقدمة على الملك.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

الضابطة المذكورة من الضوابط التي تتعلق بثبوت الملك عن طريق يد الوضع على الملك، والأصل في ثبوت الملك أن مجرد وضع اليد على شيء ما لا يكون موجباً لثبوت الملك، لأن ثبوت اليد على شيء لا توجب دوامها؛ لأنها قد تكون بإجارة ترتفع بانقضاء مدتها بخلاف ثبوت الملك فإنه يوجب دوامه إلا بحدوث سبب طارئ يوجب انتقاله.

والقاعدة تشير إلى أن اليد يدان: يد متقدمة أو سابقة، ويد طارئة أو لاحقة، فاليد المتقدمة دالة على ثبوت الملك لكونها مترتبة على سبب من أسباب الملك، واليد الطارئة عليها لا تدل على ذلك؛ لأن اليد قد تكون يداً مؤتمنة كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة أو يداً غير مؤتمنة كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسداً[٤].

وهذه الأيدي كلها يد طارئة على اليد الثابتة وهي لا تدل على الملك ولا تكون سبباً موجباً للملك إلا إذا كان الشيء الذي وضع عليه اليد مباحاً من المباحات.

والقاعدة تفيد أيضاً: أن اليد سواء كانت متقدمة أو طارئة غير موجبة للملك، وإنما الثابت باليد هو دلالة الملك إذا ثبت بسبب من أسبابه، لأن وضع اليد قد يكون بغير ملك. والله أعلم.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة من القواعد التي اتفق عليها الفقهاء أيضاً.[٥]

---

(١) انظر: الدر المختار ورد المحتار: (٥/ ٤٥٣)، تبيين الحقائق: (٦/ ٢١١).

(٢) انظر: الدر المختار: (٤/ ٥٠٣)، والاختيار: (٣/ ٥٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: (٣/ ٢٥٥-٢٥٣)، بداية المجتهد: (٢/ ٢٧٣)، مغني المحتاج: (٢/ ١٣٦)، المهذب: (١/ ٣١٦)، المغني: (٤/ ٣٩٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص (٣٦٢).

(٥) انظر: المبسوط (١٧/ ٣٦-٣٥)، وشرح فتح القدير (٦/ ٢٥٦)، مواهب الجليل (٥/ ٢٧٤)، والحاوي الكبير =

كما أنهم اتفقوا على أن وضع اليد على الشيء المتنازع عليه من أسباب الرجحان في دعوى الملكية إذا لم توجد حجة أقوى منها كالبينة.

فإذا تنازع اثنان على ملكية شيء، وهو في يد أحدهما، ولم تقم بينة لأحدهما، قضى لصاحب اليد بيمينه باتفاق الفقهاء.[1]

وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: **"البينة على المدعي واليمين على من أنكر"**.[2]

وكذلك إذا تنازعا في وضع اليد على الشيء المتنازع عليه، يدعي كل منهما أنه بيده، فعلى كل منهما البينة؛ لأن دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة، لأن اليد يتوصل بها الانتفاع بالملك والتصرف فيه.[3]

فإن أقام كل منهما بينة على أن الشيء في يده جعل في يد كل منهما نصفه لتعارض البينتين وتساويهما، فإن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق، وإن أقام أحدهما بينة على أن الشيء في يده قضى أنه ذو اليد وإن لم تتم لها بينة، وطلب كل واحد منهما يمين خصمه على أن الشيء ليس بيده، فعلى كل واحد منهما أن يحلف على أن الشيء ليس في يد خصمه، لأنه لو أقر لخصمه بما ادعى لزمه حقه، فإذا أنكر حلف له، فإن حلفا معاً فلا يحكم بوضع اليد لأحد منهما.[4]

والقاعدة تشير إلى أن اليد الطارئة هي اليد المتأخرة لا تكون موجبة للملكية بمجردها، فلابد معها بيان الأسباب التي تنقل الملك.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة عدة من الفروع الفقهية، منها:

١-لو تنازع اثنان في شيء، وادّعيا وضع اليد عليه لكن يد أحدهما أقوى من يد الآخر بأن كان أحدهما راكباً على الدابة، والآخر متعلقاً بزمامها فالراكب أولى بوضع اليد عليها؛ لأن تصرفه أظهر، ولأن الركوب يختص

(٣٢٦/١٧)، والمنثور في القواعد (٣/ ٣٧٢-٣٦٩).

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص(٣٧).

(٣) انظر: المبسوط (١٧/ ٣٦-٣٥)، وشرح فتح القدير (٦/ ٢٥٦).

(٤) انظر: تفصيل الكلام في المسألة في شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي (٥/ ٤٣٣-٤٣١)، مادة رقم (١٧٥٤)، والمبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٧-٣٥)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٤٣)، وروضة الطالبين (١١/ ٢٦٩).

=

بالملك.[1]

٢-ومنها: لو تنازع اثنان في قميص واحد، أحدهما لابســه والآخر يمســك بكمه فيد اللابس أقوىٰ، ويد الماسك يد طارئة لا توجب الملكية.[2]

٣-ومنها: لو ادعىٰ اللقيط اثنان، وكان لأحدهما عليه يد متقدمة و لآخر يد طارئة. تقدم دعوىٰ اليد عليه إذا كانت سابقة.[3] لأن الطارئة لا تكون موجبة للملك.

٤-ومنها: لو ادعىٰ رجل و ضع اليد علىٰ الأرض التي أخذها شراء أو إرثاً أو غيرهما من أ سباب الملك أنها ملكه وأنه يؤدي خراجها فالقول له وعلىٰ من يخاصــمه في الملك بإثبات اليد البرهان إن صــحت دعواه شرعاً.

٥-ومنها: إذا كانت الدعوىٰ من الخارج علىٰ ذي اليد دعوىٰ الملك وأقام كل منهما بينة، وكانت البينتان مؤرختين، فإذا كان تاريخ أحدهما أسبق من الآخر يقضي للأسبق وقتاً أيهما كان.

لأن بينة صــاحب الوقت الأســبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد، فيثبت له الحق في موضــوع النزاع إلىٰ أن يثبت الآخر سبباً لنقل الملكية له.[4]

هذه أمثلة من تطبيقات القاعدة، وهي توضح لنا كيفية التعرف علىٰ بقية أشباهها ونظائرها.

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٢٤٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٤٢).

(٢) انظر: المصدر السابق وكذلك المغني لابن قدامة (٩/ ٣٢٤).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ١٢٦)، وحاشية القليوبي وعميرة (٤/ ٣٥٠).

(٤) انظر: تفصيل المسألة في المبسوط (١٧/ ٣٢)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٣٢،٢٢٥)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٨٠)، والمهذب (٢/ ٣١١).

المبحث السابع : ضابط:كل من ملك مالاً بالإرث فإنه يملكه بحقوقه

هذا الضابط من الضوابط المتعلقة بأسباب الملك أيضاً، وهو كأصل فقهي يتضمن أحكام ثبوت الملك في الأصول بعد موت الإنسان، و هذا الضابط مبني على قاعدة أخرى هي : «**الموت محول للملك لا مبطل**»[١] والضابط لما له من أهمية بالغة في نقل الملكية من المورث إلى الوارث يأخذ مكاناً مرموقاً في أحكام نظرية الملك.

دراسة الضابط تتكون من النقاط التالية :

أولاً : الكلام على أصل الضابط ووضعه وألفاظه :

هذا الضابط بلفظه ذكره الماوردي في الحاوي الكبير[٢] والندوي في موسوعته المشهورة[٣]، وأشار إليها النووي في روضة الطالبين : فقال : «لو مضى زمن الاستبراء بعد الملك، وقبل القبض هل يعتد به ؟ إن ملك بالإرث اعتد به، وإن ملك بالهبة فلا، وإن ملك بالشراء اعتد به على الأصح...»[٤] .

وقد صرح الشيرازي في المهذب بقوله: «والدليل عليه أن المال لوارثه ومن ورث مالاً ورثه بحقوقه وهذا الأمان من حقوق المال، فوجب أن يورث»[٥] و أشار الفقهاء -رحمهم الله- إلى هذا الأصل بعباراتهم المختلفة في كتبهم[٦] وهذا يؤكد مدلول الضابط وأصله و ومضمونه.

أصل هذا الضابط يعتمد على قاعدتين مهمتين هما :

الأولى : «**الموت محول للملك لا مبطل**»[٧] فالموت ينقل ملكية المورث إلى وارثه ولكن هذا النقل لا يكون عن طريق العقود وإنما يكون عن طريق الخلافة .

الثانية : «الملك الثابت للوارث هو الملك الذي كان للمورث»[٨] وعلى هذا الأصل الملك الذي يستحقه

---

(١) المبسوط: (٢/ ٧٠).

(٢) الحاوي الكبير: (٣/ ١٧٢) .

(٣) موسوعة القواعد للندوي: (٣٥١) .

(٤) روضة الطالبين: (٨/ ٤٣٢) .

(٥) المهذب للشيرازي: (٢/ ٢٦٤).

(٦) انظر : قواعد الفقه للمجددي: ص (١٢٨)، والمبسوط للسرخي: (٥/ ١٣٠).

(٧) انظر : المبسوط: (٢/ ٧٠) .

(٨) انظر : قواعد الفقه للمجددي: ص (١٢٨) .

=

الوارث بعد موت مورثه إنما هو ما كان يملكه المورث قبل موته .

وبناءً على هذا الأصـــل أن ما كان يحق للمورث فعله لو كان حياً يحق للوارث كذلك، لأنه يرثه عنه والإرث يكون بجميع حقوقه.

ثانياً : شرح مفردات الضابط وما يتعلق به :

أ- معنى الحقوق لغةً واصطلاحاً:

١- **الحقوق في اللغة** : جمع حق ، وله معان كثيرة، منها : أنه ا سم من أ سماء الله تعالى أو من صفاته، والقرآن، و ضد الباطل، والأمر المق ضي، والعدل ، والإ سلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، وال صدق، والموت والحزم(١).وهو مصــدر من حق الشيـء يحق من باب ضرب إذا وجد وثبت، وحققت الأمر أحقه إذا أوجبته أو جعلته ثابتاً أو تيقنته.(٢)

٢- **الحقوق في الاصطلاح** : عرف بعدة تعريفات، من أهمها :

١-الحق هو مصــلحة مســتحقة شرعاً(٣) . هذا تعريف بالغاية المقصــودة من الحق، لا بذاتيته وحقيقته . فإن الحق : هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منه.

٢-هو اختصــاص يقرر به الشرـع ســلطة أو تكليفاً.(٤) وهذا تعريف جيد، لأنه يشــمـل أنواع الحقوق الدينية والملكية والأدبية والعامة والمالية وغير المالية.

٣-هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما يقررها الشارع الحكيم(٥) .

٤-أو هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لصلحة معينة(٦) .

٥-هو الحكم الطابق للواقع، يطلق على الأقوال والقواعد والأديان والمذاهب باعتبار اشــتمالها على ذلك، ويقابله الباطل،(٧) وإلى هذا ذهب بعض الأصوليين مثل فخر الإسلام البزدوي(٨) .

---

(١) انظر : القاموس المحيط: ص (١١٢٩)، ومختار الصحاح: ص (١٤٦) .

(٢) انظر : المصباح المنير: ص(٥٥) .

(٣) انظر : مذكرات الحق والذمة: ص(٣٦) .

(٤) انظر : المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: (ف٣/ ١٠) وما بعدها .

(٥) انظر : الفقه للدكتور محمد يوسف موسى: ص(٢١١) .

(٦) انظر : المدخل إلى نظرية الالتزام للدكتور مصطفى الزرقا: (١٩٣) .

(٧) انظر : التعريفات للجرجاني: (٨٩) .

(٨) انظر : أصول البزدوي: (٤/ ٣٣٠) .

ب- أقسام الحقوق عند الفقهاء:

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة حسب ا لمعنى الذي يدور عليه الحق، وأذكر أهم هذه التقسيمات :

أولاً: تقسيم الحقوق باعتبار انتقاله للورثة وعدم انتقاله :

ينقسم الحقوق بهذا الاعتبار أصلاً إلى أربعة أقسام :

الأول : الحقوق التي تورث : وهي الحقوق المالية ، والحقوق المقررة على العقار والمتعلقة بالمال كحق حبس الرهن إلى سداد الدين.

الثاني : الحقوق التي تثبت بالخلافة، ولا تورث: وهي التي تثبت للخلق ابتداء، ولا تنتقل إليه عن طريق الإرث، مثل خيار التعيين عند الحنفية. [1]

الثالث : الحقوق التي لا تورث، ولا تنتقل بالخلافة، وهي كل ما كان متعلقاً بنفس المورث، وينتهي بموته مثل الولايات العامة، والخاصة و مثل اختيار إحدى الأختين.

الرابع : ما اختلف فيها، هل تثبت بالخلافة أو بالورثة مثل القصاص في النفس وحد القذف.

اختلف الفقهاء في هذا النوع من الحقوق على قولين:

القول الأول:إن القصاص يثبت للورثة من طريق الخلافة ابتداء لا عن طريق الوراثة.

و هو قول جمهور ا لفقهاء[2] منهم الحنفية والشافعية والمالكية على

القول الثاني: إن القصاص يثبت للميت أولا، ثم ينتقل إلى الورثة عن طريق الإرث.

و إلى هذا القول ذهب الحنابلة في ظاهر المذهب[3]

ثانياً :تقسيم الحقوق باعتبار تقررها في محالها :

تنقسم الحقوق من هذا الاعتبار إلى قسمين :[4]

الأول : الحقوق المجردة :

وهي التي لا تترك أثراً بالتنازل عنها صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلف أو المدين بعد التنازل كما

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٨١)

(٢) انظر : الهداية: (٤/ ١٦٨-١٦٧، ١٧٤-١٧٣)، والمنثور للزركشي: (٢/ ٥٧-٥٤)

(٣) انظر : الشرح الكبير: (٢٥/ ١٢٧-١٢٦، ١٥٥-١٥٤)

(٤) انظر : نظرية الحق للدكتور محمد مدكور: ص(٣١) .

كان قبل التنازل. مثل : حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار.

الثاني: الحقوق غير المجردة :

هي التي تترك أثراً بالتنازل عنها، كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، يترك فيها أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم ، أي مباح القتل بالنسبة إلى ولي المقتول المستحق للقصاص.

ثالثاً: تقسيم الحقوق باعتبار ماليتها و ملكيتها: (١)

تنقسم الحقوق من هذا الاعتبار إلى قسمين:

الأول: الحقوق المالية: وهي التي تتعلق بالأموال ومنافعها وهذا القسم من الحقوق له ثلاثة أنواع:

١- الحقوق المالية المحضة كحق الشفعة و حق الرهن و حق استحقاق العوض: مثلاً: الثمن، أو السكنى في الدار.

٢- حقوق الارتفاق : و يأتي بيانها

٣- حقوق الاختصاص: و هي الحقوق التي تتعلق بمجرد الانتفاع بالأعيان التي لا تملك شرعاً.قال ابن رجب:" هو عبارة عما يختص به مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته وهو غير قابل للتمول و المعاوضات."

القسم الثاني: الحقوق غير المحضة وهي المعبر عنها بالحقوق المحضة: وهي التي ليس محلها المال (٢) كحق القصاص و حق المرأة في الطلاق و حق الحضانة و حق الولاية. (٣)

ج- المقصود بالحقوق في القاعدة :

المقصود بالحقوق في القاعدة هو حقوق الارتفاق ويأتي بيان ذلك على الوجه التالي :

أ- معنى حقوق الارتفاق :

حقوق الارتفاق :هي حقوق مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك لغير مالك العقار الأول. وهو حق دائم ما دام يبقى العقاران دون نظر إلى المالك. مثل : حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق

---

(١) انظر: أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف: (ص/ ٢٩) و أحكام المواريث للشيخ أبي زهرة: (ص/ ٤٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٦٥) و نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٦) .

(٣) انظر: نظرية الحق للدكتور محمد مدكور: (ص/ ٣١) .

المرور، وحق الجوار، وحق العلو.

عند المالكية[1] : «الإرفاق بأنه إعطاء منافع العقار» .

ويسمى العقار الذي تقرر عليه الحق مرتفقاً به. والعقار صاحب هذا الحق مرتفقاً، ويسمى الحق الذي تقرر لثانيهما على أولهما «حق ارتفاق» .

ويرى الشيخ أبو زهرة[2]: «أن حقوق الارتفاق تختلف عن حقوق الجوار الجانبي والرأس، فحقوق الارتفاق حقوق إيجابية متعلقة بالعقار، وهي من نوع الشركة، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجري يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة، ويكون مناطها تلك الشركة، أما حقوق الجوار بنوعية فحقوق سلبية، لأنها ليست إلا منعاً للضرر، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة، ولذا يتأخر الحق فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق» .

وحقوق الارتفاق عند الحنفية محصورة في ست هي : حق الشرب ، وحق المجري، وحق المسيل وحق المرور، وحق التعلي، وحق الجوار»[3] .

ب- أنواع هذه الحقوق:

وبيان هذه الحقوق على الترتيب المذيل :

الأول حق الـ شرب : وهو الـ صيب المـ ستحقق من الماء لـ سقي الزرع والـ شجر، أب نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض. والمراد به في حق البهائم :

الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها[4] .

وسمى بحق الشفة ، لأن الشرب عادة يكون في الإنسان وفي كثير من الحيوان بالشفة.

الثاني: حق المجرى: هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراءه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها. وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره، وإلا كان له اجراؤه جبراً عنه، دفعاً للضرر عنه.

الثالث: حق المسيل: هو حق تسييل المياه على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه

(١) انظر : البهجة: (٢/ ٢٥٢-٢٥١) .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد: ص(١١١) .

(٣) انظر : المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا: ص(٣٧) .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين: (٦/ ٤٣٨) .

الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل. والفرق بين المسيل والمجرىٰ: أن المجرىٰ لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار. وحكمه مثل حكم المجرىٰ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين.

وذكر في حاشية ابن عابدين: صورته أن تكون لشخص دار لها حق تسييل الماء علىٰ أسطحة دار أخرىٰ".[1]

الرابع: حق المرور: هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلىٰ عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاما غير مملوك لأحد، أم خاصاً مملوكاً للغير، فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه. والطريق الخاص: يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه. وليس لهم سده أما العامة للالتجاء إليه.

وقد نصت عليه المادة: (١٢٢٥) من مجلة الأحكام العدلية: «إذا كان لواحد حق المرور في عرصة آخر، فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور»[2]. ونصت المادة: (١٢٢٧): «إذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة آخر فأحدث صاحب العرضة بناء علىٰ هذا الممر باذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره، ولم يبق له حق الخصومة مع صاحب العرصة»[3].

الخامس: حق التعلي: وهو الثابت لصاحب العلو علىٰ صاحب السفل. نصت المادة: (١١٩٨) من المجلة علىٰ أن «لكل واحد له التعلي علىٰ حائط يملكه وبناء ما يريد و وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً»[4].

فلصاحب حق التعلي حق القرار علىٰ الطبقة السفلية، وهو حق ثابت دائما لصاحب العلو، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر.

السادس: حق الجوار: وهو الثابت لكل من الجارين علىٰ الآخر.

نصت المادة: (١٢٠١) من المجلة علىٰ أن «منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش، فإذا أحدث رجل بناء فسدّ به شباك بيت جاره وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها علىٰ القراءة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقل أن الضياء من الباب كاف، لأن باب البيت يحتاج إلىٰ غلقه للبرد وغيره من الأسباب.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٨٣).

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٧٢).

(٣) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٧٣).

(٤) المرجع السابق: (١/ ٦٥٨).

=

وإن كان لهذا المحل شباكان فسد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً»[١] .

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم أ يحصل منها ضرر أم لا، كفتح باب أو نافذة في الطابق الأسفل أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلىٰ قد يؤثر في السقف، فهذه مختلف في منعها علىٰ قولين[٢]:

القول الأول : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار، وهذا قول أبي حنيفة، لأن الأصل فيه هو المنع والحظر.

القول الثاني : الأصل في ذلك الإباحة . و هذا قول الصاحبين.[٣] لأن صاحب العلو تصرف في ملكه والمالك حر التصرــف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر، وهذا الرأي هو المعقول الواجب الاتباع. فيصــبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً، وهو إباحة التصرف في الملك ما لم يترتب علىٰ ذلك ضرر فاحش بالجار.[٤]

ثالثاً : المعنى الإجمالي للضابط :

هذا الضــابط كما هو معلوم يتعلق بإرث الوارث والإرث مبني علىٰ الموت، ومن المعلوم أن الموت هو نهاية حياة الإنســان علىٰ هذه الأرض وهو ليس مبطلاً للملك ولا يبطل ملك الميت عما كان يملكه حال الحياة لكن هذا الموت محول للملك من الميت إلىٰ وارثه الحي، لأن ملك الوارث بطريق الخلافة عن الميت فهو قائم مقامه. فإن قيل : إن الموت مبطل للملك لم تصــح خلافة الوارث عن الميت لأن الإبطال يزيل ملكية الميت عن أمواله. وإذا زالت ملكيته عن أمواله لا يستحقها الوارث بعده.

ومن المعلوم أيضــاً أن الموت لا يضــاد ولا ينافي الإبطال، وإنما ينافي الإيجاب، فالميت لا يجب عليه شيء بعد موته، لأنه ســقط عنه التكليف بالموت، ولا يبطل بالموت ما كان للميت حال حياته بل ما كان له يحول إلىٰ ملك الوارث كما هو المفهوم من قاعدة: «الموت محول للملك»[٥] .

إذا ثبت هذا فالضابط يدل بوضوح علىٰ أن الوارث يملك مال مورثه بكل حقوقه سواء كان ذلك من حقوق الارتفاق أو من حقوق الاســتيفاء أم من حقوق العقود، وذلك لأن الملك بالإرث يعتبر كالملك الثابت للمورث.

---

(١) المرجع السابق: (١/ ٦٦٠) .

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ٥٠٣)، رد المحتار: (٤/ ٣٧٣)، بدائع الصنائع: (٦/ ٢٦٤)، والبحر الرائق: (٧/ ٣٢) .

(٣) انظر: فتح القدير: (٥/ ٥٠٣)، رد المحتار: (٤/ ٣٧٣)، بدائع الصنائع: (٦/ ٢٦٤)، والبحر الرائق: (٧/ ٣٢) .

(٤) انظر: نيل الأوطار: (٥/ ٢٦١)، والقوانين الفقهية: ص(٣٤١) .

(٥) انظر: المبسوط: (٥/ ١٣٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٩٧) .

فالملك الذي يستحقه الوارث بعد موت مورثه إنما هو ما كان يملك المورث قبل موته، ويتبع هذا الملك جميع الحقوق الثابتة للمورث.

بناء على هذا إذا ثبت ملك في شيء ما للمورث بعد موته بسبب كان في حياته هل يدخل ذلك في ملك الوارث أم لا؟ على الخلاف، والضابط ينص على أنه يدخل في ملك الوارث.

وكذلك ما كان فعله مستحقاً للمورث إن كان حياً يحق للوارث أن يفعله ولو كان ذلك من باب الحقوق.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه الضابط:

هذه الضابط من الضوابط التي اتفق عليها الفقهاء في اعتبارها والعمل بها في الجملة(١).

وهي منبثق من القاعدة العامة المشهورة: «**التابع تابع**»، ولأن الحقوق تابعة لأملاكها.

ولأن الحقوق مما يصح تملكه، فإذا انتقل الملك إلى ورثته وجب أن ينتقل بحقوقه(٢).

واعتبار الفقهاء صحة هذا الضابط يعتمد على مسألة انتقال الحقوق عندهم، وهي مبنية على مالية الحقوق أيضاً. وقد سبق الكلام عليها.

قال ابن رشد: "فمن ذلك حق الشفعة، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال"(٣).

قال القرافي في الفروق(٤): "اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: **"من مات عن حقه فلورثته"**(٥)، و هذا اللفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل... بالضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث، والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً وما لا يورث لا يرثون ما تعلق به"(٦).

قال ابن الهمام: "قوله: وإذا مات من له الخيار بطل خياره بائعاً كان أو مشترياً ولم ينتقل إلى ورثته، و إذا بطل

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٥/ ٣٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٨٣-١٨٠)، وشرح مجلة الأحكام العدلية (٤/ ١٦٨)، وتبصرة الحكام (٢/ ٣٦٦)، والمدونة (٦/ ١٩٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٢٦-٢١٩).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٣/ ١٧٣).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٢١٨).

(٤) انظر: الفروق للقرافي (٣/ ٢٧٥).

(٥) الحديث لم أقف على من خرجه.

(٦) انظر: الفروق للقرافي (٣/ ٢٧٥).

=

خياره يلزم البيع... وقال الشافعي: يورث عنه وبه قال مالك... ولأنه حق للإنسان لازم حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين... ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة، فلا يتصور انتقاله؛ لأنه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والإرث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الأعيان"[1].

علم من قوله: إن الخيار يعود إلى الرغبة، وذلك أمر يخص الإنسان ولا يمكن أن يرث والإرث فيما يمكن فيه الانتقال.

وذلك يتوقف فيه على الدليل السمعي، ولم يوجد وعدم وجود الدليل السمعي يكفي لنفي الحكم الشرعي.

فإن قالوا: وقد وجد الدليل السمعي في قوله ﷺ: **"من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي"**[2].

قلنا: الثابت قوله مالا، وأما الزيادة حقاً فلم تثبت عندنا، وما لم يثبت لم يتم به الدليل[3].

والحاصل أن إرث الحقوق عند جمهور الفقهاء ثابت مع التركة وأما الأحناف فلهم تفصيل حيث يعتبرون الحقوق التي يجري فيها الإرث هي ما يجوز أخذ بدل مالي عنها[4].

خامساً : الفروع المندرجة تحت هذا الأصل :

تنطبق على هذا الأصل جملة من الفروع الفقهية المتناثرة منها :

١ -**منها** : لو مات السيد في دار الإسلام أو بعد العود من دار الحرب فهل يورث مال الكتابة أم لا ؟ قولان للفقهاء[5]:

الأول : يبقى الأمان فيه، فيرسل إلى ورثته، لأنه لا خلاف أنهم ورثوه ومن ورث مالا ورثه بحقوقه كالرهن و الضمين .

الثاني : يبطل الأمان فيه ويكون فيئاً، لأنه مال كافر لا أمان له .

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٢٦٥-٢٦٤) بحذف وتصرف.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في باب قول النبي صلى الله عليه و سلم: **"من ترك مالاً فلأهله"** برقم (٦٧٣١)، ومسلم في صحيحه (١١/ ٦١)، في باب: من ترك مالاً فلورثته من كتاب الفرائض برقم (١٣٣)، من حديث أبي هريرة، واللفظ: **من ترك مالاً فهو لورثته.**

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٢٦٥).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين: (١٢/ ٢٢٤) .

٢- **ومنها:** لو زوج أم ولده فمات عنها زوجها أو طلقها وانقضت عدتها ثم جاءت لولد لستة أشهر منذ انقضت عدتها فهو ابن المولى لأنها بانقضاء عدتها عادت إلى السيد فرا شاً له بحقوقها، فالمتولد منها يملك بحقوق الأصل[١] .

٣-**و منها:** من ملك منزلاً أو داراً بالإرث ملك به علوه، لأنه من حقوق مال المورث[٢] .

٤-**ومنها:** لو اشترى رجل شيئاً على خيار التعيين أو خيار العيب ثم مات، ورثه وارثه بحق خيار التعيين، والعيب باتفاق الفقهاء القائلين بخيار التعيين؛[٣] لأن البيع في خيار التعيين لازم، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعاً للضرر.[٤]

٥-**ومنها:** حق الشفعة هل يرثه الورثة مع التركة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ملك حق الشفعة للورثة على قولين:

القول الأول: حق الشفعة يورث، فإذا مات الشفيع ينتقل حق الشفعة إلى ورثته وذلك إذا طالب به الشفيع المورث بعد البيع قبل موته بخلاف ما إذا مات قبل الطلب.

هذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية[٥]، والشافعية[٦] والحنابلة[٧].

وذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب.

ولأن الوارث خليفة المورث، فله كل حقوق مورثه، ومنها حق الشفعة دفعاً لضرر الدخيل عن نفسه.

القول الثاني: لا يثبت للوارث حق الشفعة إذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة وقبل القضاء وهذا مذهب الحنفية.[٨]

١-وذلك لأن الوارث لم يكن مالكاً ما ورثه وقت العقد.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٧/ ١٦٣) .

(٢) انظر: المبسوط: (٣٠/ ١٧٦) .

(٣) انظر: وهم الحنفية و المالكية و بعض الحنابلة. انظر: المبسوط: (١٣/ ٥٥) و حاشية الدسوقي: (٣/ ١٠٦) و الفروع لابن مفلح: (٤/ ٢٦).

(٤) انظر: تبين الحقائق (٤/ ٢١)،و شرح فتح القدير: (٥/ ١٣٠) وما بعدها.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٠).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٠٨،٣٩٢).

(٧) انظر: منتهى الإرادات (١/ ٥٣٥)، والمغني (٥/ ٥٣٦وما بعدها).

(٨) انظر: شرح فتح القدير (٩/ ٤١٦،٤١٧)، والمبسوط (١٤/ ١١٦) وبدائع الصنائع (٦/ ٢٦٤).

٢-ولأن حق الشفعة ليس بمال وإنما مجرد الرأي والمشيئة وهما لا يبقيان بعد موت الشفيع.

٣-ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ بالشفعة قد زال بموته.[١]

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لأن الحق يثبت له بعد مطالبته، والحق الثابت لا يزول بمجرد الموت مع بقاء سببه.

والله أعلم بالصواب.

٦-**ومنها:** الوارث يملك خيار الشرط من مورثه، لأنه من حقوق التركة. وهو قول المالكية[٢] و الشافعية[٣]و وجه عند الحنابلة ذكره أبو الخطاب[٤]

٧-**ومنها:** تثبت للوارث حقوق الارتفاق كلها باتفاق الفقهاء.[٥]

٨-**ومنها:** لو مات وله دين برهن انتقل الدين إلى ملك ورثته مع حقه من الرهن[٦].

٩-**ومنها:** لو مات عن عبد جنى عليه قبل أخذ أرشه انتقل العبد إلى ملك الوارث مع استحقاق أرشه؛ لأنه حق للمالك لا على الملك[٧].

١٠-**ومنها:** لو أعتق عبده بصفة التدبير أو نحوها على أنه إذا مات فهو حر، ثم مات ، انتقل العبد إلى ملك الورثة بحقه ثم يعتق.[٨]

١١-**ومنها:** لو مات رب المال قبل تمام الحول و قد دفع زكاة ماله معجلاً هل يبنى ورثته على حوله أم يستأنفون الحول بعد موته.

اختلف الشافعية في المسألة على قولين[٩]:

القول الأول: يبنون على حوله، بناء على الأصل المذكور؛ ولأن الحول من حقوق ملكه فإذا انتقل الملك انتقل

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤٢،٢٤٠).

(٢) انظر: حاشية الخرشي: (٤/ ٢٩) و حاشية الدسوقي: (٣/ ١٠٢).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٢٢).

(٤) انظر: الفروع : (٤/ ٩١).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٤)، وتبيين الحقائق (٤/ ١٩٦)، والقوانين الفقهية (ص٣٤١)، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم (١٢٢٤).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٣/ ١٧٣-١٧٢).

(٧) انظر: المصدر السابق.

(٨) انظر: شرح فتح القدير : (٥/ ١٣٥).

(٩) انظر: الحاوي الكبير (٣/ ١٧٣-١٧٢).

بحقه.

القول الثاني: أنهم يستأنفون الحول ولا يبنون.

لأن الحول ثبت مع بقاء المالك ويرتفع بانتقال الملك.

ولا يبنئ من استفاد ملكاً علىٰ حول من كان مالكاً كمن اتهب مالاً أو ابتاعه.

والمسائل في هذا الباب كثيرة جداً لعل الإشارة بهذه الجملة تضيء لنا الطريق إلىٰ معرفة نظائرها.

المبحث الثامن:قاعدة: الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تتعلق بأسباب الملكية، وهو بلفظه يدل على كيفية ثبوت الملك في التصرفات الموقوفة، كما أنها تتعلق بأحكام الإجازة التي يتوقف عليها ثبوت الملك، فالقاعدة في موضوعها ومضمونها مهم جداً، ويأتي بيان دراستها على الوجه التالي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة مما أشار إليها الفقهاء المتقدمون، وهي باللفظ المذكور ذكرها صاحب الهداية وفيه: «ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت؛ لأنه بيع موقوف على الإجازة؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك...»(١).

وقد ذكرها أصحاب مجلة الأحكام العدلية بألفاظ متنوعة مفادها واحد منها: المادة: (٣٧٧) البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة(٢)، وذكروا أيضاً: البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر»(٣).

وأشار فقهاء المالكية إلى هذه القاعدة بعبارات متعددة، ومنها ما جاء في جواهر الإكليل : "وإن باع الراهن الرهن بلا إذن مرتهنه صح بيعه، ووقف مرهون أي بيعه من راهنه على رضا مرتهنه أي المتوثق به في حقه فله إجازة ببيعه وإن باع شخص ملك غيره بغير إذنه صح بيعه ووقف ملك غيره أي بيعه على رضا المالك، فإن أمضاه مضى على المشهور... »(٤).

وفي الذخيرة(٥): «فلا يستقر نكاح العبد بغير إذن سيده، ووافقنا أبو حنيفة» .

وقال الشافعي وابن حنبل: «لا يجوز إلا بإجازة سيده...».

ويؤيد هذا ما جاء في روضة الطالبين(٦): «والقديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ وإلا لغا، وفيه: «القولان في أصل بيع الفضولي وفي الفرعين بعده يعبر عنهما بقولي وقف العقود، وحيث قالوا: فيه قولا وقف العقود أرادوا هذين القولين و سميا بذلك؛ لأن الخلاف آيل إلى أن العقد هل ينعقد على التوقف

(١) الهداية شرح بداية المبتدي: (٩/ ٢٤١) مع فتح القدير والبناية شرح الهداية: (١١/ ٤٣).

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢١١).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم : (٣٦٨): (١/ ٢٠٤)، وموسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ١٠٥).

(٤) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٥) بتصرف وحذف.

(٥) الذخيرة للقرافي: (٤/ ١٥)، وكذلك انظر لمزيد من البيان: الذخيرة: (٤/ ٢٦١) و(٥/ ١٤٧).

(٦) روضة الطالبين: (٣/ ٢١).

أم لا بل يكون باطلاً .ثم ذكر الإمام[١]: أن الصحة على قول الوقف ناجزة، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة، قال: ويطرد الوقف في كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع، والإجارات والهبات والعتق والطلاق والنكاح وغيرها»[٢].

قال الزركشي ـ في المنثور[٣]: «هذا ما نقله النووي عن الأكثرين، ونقل الرافعي عن إمام الحرمين أن الصحة ناجزة، والمتوقف على الإجازة هو الملك»[٤].

وذكر صاحب المغني ما يؤكد هذا المعنى عند فقهاء الحنابلة: «وإن قال له أحدهما أشركناك. انبنى على تصرف الفضولي، فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه؟ على الوجهين...»[٥].

وجاء في المحرر في الفقه[٦] ما يشير إلى هذا المعنى: «ولا يصح تصرف الفضولي لغيره ببيع ولا شراء، ولا نكاح إلا شراؤه له في الذمة إذا لم يسمه في العقد فإنه يصح، ثم إن أجازه المشتري له ملكه وإلا لزم الفضولي، وعنه: يصح تصرفه بكل حال ويقف على الإجازة» . وهكذا أشار إليه المرداوي في الإنصاف[٧] بقوله: «السابعة: لو أخرجها من مال من هي عليه بغير إذنه وقلنا: يصح تصرف الفضولي موقوفاً على الإجازة فأجازه ربه كفته...» .

هذه العبارات وغيرها من فقهاء المذاهب تدل بمفهومها العام على أن التصرفات الموقوفة لا بد لها من الإجازة لنفاذها، وأن الملك لا يثبت فيها بمجرد فعلها بل يتوقف على إجازة من له العقد الواقع[٨].

قد أشار إلى قاعدة التصرفات الموقوفة الإمام ابن رجب بصيغة الاستفهام مشيرا إلى أن المسألة خلافية فقال: «المسألة العشرون: التصرفات للغير بدون إذنه هل تقف على إجازته أم لا؟ ويعبر عنها بتصرف

---

(١) وهو إمام الحرمين الجويني .

(٢) روضة الطالبين: (٣/ ٢٣)، وكذلك انظر: المجموع في شرح المهذب: (٩/ ٢٦١).

(٣) المنثور في القواعد: (٣/ ٣٤٠).

(٤) يتبين من كلام الزركشي وغيره أن الملك لا يحصل إلا بعد الإجازة مع صحة التصرفات المذكورة.

(٥) المغني لابن قدامة: (٦/ ١٩٦)، وكذلك انظر: (٦/ ٣٥٠).

(٦) المحرر في الفقه: (١/ ٣١٠).

(٧) الإنصاف للمرداوي: (٣/ ١٩٩).

(٨) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٥).

=

الفضولي...»[١].

واللفظ الذي ذكرته هنا صيغ على ما لم يختلف فيه قول الفقهاء، ولهذا لم يأت على طريقة الاستفهام، لأن الضابطة التي نحن بصددها تعالج أثر التصرفات الموقوفة، مع احتوائها على حكمها تضمنا، وأثرها هو الملك وهذا لا يحصل إلا بعد الإجازة بلا خلاف كما يأتي بيانه إن شاء الله قريباً.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها من الأحكام:

أ-الموقوف: معناه لغة، واصطلاحاً والمقصود به في القاعدة.

١-معنى الموقوف لغة: وهو مفعول من الوقف، وهو من وقفت الدابة وقفاً ووقوفاً سكنت، أو من وقفت الرجل عن المشي وقفاً: منعته عنه، ومنه وقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله[٢]. ومنه التوقف في الشيء كالتلوم فيه، والتوقف عليه: التثبت[٣]. ولعل الموقوف هنا مأخوذ من قولهم: وقفت الأمر على حضور زيد: علقت الحكم فيه بحضوره[٤]، والموقوف هنا غير نافذ أي الذي علق حكمه بغيره[٥].

٢-معنى الموقوف اصطلاحاً:

الموقوف في اصطلاح الفقهاء يطلق على معان:

أولاً: يطلقونه على الوقف: وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة[٦]، أو تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه يقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف رَيْعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى[٧]. وهذا الاصطلاح ليس بمقصود في القاعدة المذكورة.

ثانياً: يطلقونه على البيع الموقوف وهو بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي[٨]، وهو من أقسام الصحيح عند فقهاء الحنفية[٩]، ولهذا عرفه بعضهم بقوله: ويعرف البيع الموقوف أنه هو البيع الصحيح أصلاً ووصفاً

---

(١) القواعد لابن رجب: ص(٤٠٤).

(٢) انظر: الصحاح: (٤/ ١٤٤٥)، والمصباح المنير: ص(٢٦٥)، والقاموس المحيط: ص(١١١٣-١١١٢).

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(١١١٣).

(٤) انظر: المصباح المنير: ص(٢٥٧).

(٥) انظر: المصباح المنير: ص(٢٥٧)، والمعجم الوسيط: ص(١٠٥١).

(٦) انظر: التعريفات للجرجاني: ص (٢٥٣)، والتعريفات الفقهية: ص (٥٤٦).

(٧) المطلع على ألفاظ المقنع: ص (٣٤٤).

(٨) انظر: رد المحتار: (٥/ ٥٠)، ودرر الحكام: (١/ ٩٥-٩٤).

(٩) انظر: رد المحتار: (٥/ ٥٠)، وكذلك: (٤/ ٥٠٣).

=

والذي يفيد الملك علىٰ وجه التوقف[1].

وجاء في فتاوىٰ السعدي[2][3]: «والحادي عشر: البيع الموقوف وهو أن يبيع أحد متاع أحد بغير إذنه، فإن ذلك البيع موقوف علىٰ إجازة صاحبه، فإن أجازه جاز، وإن فسخه انفسخ» .

وهو مقابل للبيع النافذ، فمتىٰ قيل بيع نافذ أريد به أنه بيع غير موقوف، وعلىٰ هذا الموقوف هو غير النافذ، ومعنىٰ النفاذ عند الفقهاء: هو ترتب أثر التصرف في الحال. فالملكية التي هي أثر للبيع تثبت في الحال، ويصبح المشتري مالكاً للبيع بمجرد عقد البيع بعكس البيع الموقوف، فلا تثبت الملكية إلا عند الإجازة كما لا تثبت الملكية إلا عند سقوط الخيار في المبيع الذي يوجد فيه أحد الخيارات[4]. وسمي موقوفاً لوقفه علىٰ إجازة الغير أو لعدم نفاذه.

ثالثاً: يطلقونه علىٰ العقد الموقوف أو التصرفات الموقوفة، وهو عقد يصح بأصله ووصفه، ويفيد الملك علىٰ سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير[5].

ذكر الكفوي في الكليات[6]: «والموقوف: هو الذي لا يعرف في الحال مع وجود ركن العلة لعارض كبيع الفضولي ونكاحه، فيتوقف في جوابه؛ لأنه لا يدري أن المانع يزول فيقع الحكم أو لا يزول فيفسخ» .

الموقوف في اصطلاح المحدثين: وهو ما يروىٰ عن الصحابة ﷺ من أقوالهم وأفعالهم ونحوها، فيوقف عليهم، ولا يتجاوز به إلىٰ رسول الله ﷺ[7]، ويوجد في اصطلاح الفقهاء الخراسانيين تعريف الموقوف باسم الأثر، فيقولون: الخبر ما يروىٰ عن النبي ﷺ، والأثر ما يروىٰ عن الصحابة ﷺ[8].

٣-المقصود بالموقوف في القاعدة:

المقصود بالموقوف هنا أعم من المبايعات الموقوفة والتصرفات الموقوفة، وهو يشمل كل بيع وتصرف أو عقد

(١) انظر: درر الحكام: ص (٢٥٧).

(٢) انظر: هو علي بن الحسين بن محمد السغدي و له شرح السير الكبير، توفي سنة: ٤٦١هـ
انظر: الجواهر المضية: (٢/ ٥٦٧) و هدية العارفين: (١/ ٦٩١) .

(٣) انظر: فتاوىٰ السغدي: (١/ ٤٤١).

(٤) انظر: شرح مجلة الأحكام لعلي حدير: (١/ ٩٤)، والمادة رقم: (١١١).

(٥) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٥١٥).

(٦) الكليات: ص(٨٦٧) .

(٧)انظر: التقييد والإيضاح: ص(٦٧)، والتعريفات: ص(٢٣٦).

(٨) انظر: التقييد والإيضاح: ص(٦٧).

إذا كان موقوفاً قد تعلق به حق الغير، وله تفصيل وتقسيم يأتي بيانه على النحو التالي:

الفرع الأول: تقسيم الموقوف أو التصرفات الموقوفة:

أولاً: الموقوف من حيث نفوذه وأثره له قسمان ذكرهما الزركشي من فقهاء الشافعية(١).

الأول: وقف صحة بمعنى أن الصحة موقوفة على الإجازة، فلا تحصل إلا بعدها، وتكون الإجازة مع الإيجاب والقبول وهو كبيع الفضولي عند الشافعية(٢).

الثاني: وقف تبيين وانكشاف بمعنى أن العقد فيه صحيح، ونحن لا نعلمه ثم تبين في ثاني الحال، فهو وقف على ظهور أمر كان عند العقد، والملك فيه من حين العقد ولا خيار فيه، كبيع مال مورثه ظاناً حياته ويأتي تفصيله في وقف العقود.

ثانياً: الموقوف من حيث سببه على ستة أقسام حصرها الزركشي(٣)، وهي على النحو المذيل:

الأول: ما يتوقف على حصول شرط بعده فهو الباطل، كبيع الفضولي يتوقف على إجازة المالك.

الثاني: ما يتوقف على تبيين وانكشاف سابق على العقد، فهو الصحيح كبيع مال أبيه على ظن حياته.

الثالث: ما توقف على انقطاع تعدى كبيع المفلس ماله ثم يفك عنه الحجر وهو باق على ملكه.

الرابع: ما توقف على ارتفاع حجر حكمي خاص كالعبد يقيم شاهدين على عتقه ولم يعدلا فإن الحاكم يحجر على السيد في التصرف فيه إلى التعديل.

الخامس: ما توقف لأجل حجر شرعي من غير الحاكم كتصرفات المريض بالمحاباة فيما يزيد على قدر الثلث.

السادس: ما توقف لأجل حجر وضعي أي باختيار المكلف كالراهن يبيع المرهون بغير إذن المرتهن.

ثالثاً: التصرفات في مال الغير بدون إذنه وتنقسم إلى ستة أقسام(٤):

الأول: أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه، ويتعذر استئذانه إما للجهل بعينه، أو لغيبته ومشقة انتظاره، فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة وهو في الأموال غير مختلف فيه عند الحنابلة، وغير محتاج إلى إذن حاكم على الصحيح، وفي الأبضاع مختلف فيه عندهم كالتصرف باللقطة التي لا تملك،

---

(١) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٤١-٣٤٠).

(٢) انظر: المصدر السابق، والمسألة خلافية ، يأتي تفصيلها في الفروع الفقهية.

(٣) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٤١) وما بعدها، وهذه الأقسام كلها لدى فقهاء الشافعية وقد يختلف غيرهم فيها ويأتي بيان ذلك في الفروع إن شاء الله.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب: ص(٤٠٨-٤٠٤).

والغصوب التي لا يعرف ربها أو انقطع خبره. ويكون هذا النوع موقوفاً على إجازة المالك.

الثاني: أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته، وتنفيذه بأن تطول مدة التصرف وتكثر ويتكرر استرداد أعيان أمواله.

الثالث: أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دواماً، فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه على خلاف، ولتصرف الشخص في مال غيره حالتان:

الأولى: أن يتصرف فيه لمالكه، وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والإجازة ونحوها كما لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي.

الثانية: أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب، ومن يتملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك.

الرابع: التصرف للغير في الذمة دون المال بغير ولاية عليه، فإن كان بعقد نكاح ففيه خلاف وإن كان ببيع ونحوه مثل أن يشتري في ذمته فطريقان عند فقهاء الحنابلة.

الخامس: التصرف للغير بمال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد وهذا مخرج على الخلاف في تصرف الفضولي؛ لأن العقد يقف على الإجازة، ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراضاً للمشتري له أو هبة له.

السادس: التصرف في مال الغير بإذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن وهذا نوعان:

النوع الأول: أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به عن المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي.

النوع الثاني: أن يقع التصرف مخالفاً للإذن على وجه لا يرضى به الآذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفقة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نساء.

هذه هي الصور التي يمكن فيها التصرف للغير بدون إذنه، وبناء على صور التصرفات قد يكون بعضها موقوفاً وقد يكون باطلاً وقد يكون صحيحاً نافذا، وللفقهاء في صورها تفصيل وخلاف[1].

الفرع الثاني: الكلام على وقف العقود، وحكمه[2]:

المراد بوقف العقود: عدم نفوذها، وعدم جواز الانتفاع بالبدلين حتى يجيز صاحب الحق فيها.

---

(١) انظر: تفصيل صور هذه المسائل في القواعد لابن رجب: ص(٤٠٨-٤٠٤)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٠)، و(٤/ ٥٠٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/ ٩٤) (١/ ٣٤٢-٣٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٨٥) وما بعدها .

(٢) انظر: تفصيل الكلام في وقف العقود. في الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٨٩) وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٣٧) وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٢٨٥) وما بعدها، والمنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٣٤٤)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٥) وما بعدها .

=

فأكثر الفقهاء يقولون بوقف العقود[١] . فالعقد الموقوف عقد صحيح عندهم، ولكن يتوقف نفوذه على إجازة وموافقة صاحب الحق فيه، ولم يجز الشافعي -رحمه الله- في المذهب الجديد عنده العقد الموقوف، بل العقود عنده إما صحيح وإما باطل، وجعل العقد الموقوف ضمن العقد الباطل؛ لأن الأصل عنده أن العقود لا تتوقف[٢]، وقد فصل فقهاء الشافعية الكلام على وقف العقود فذكروا إذا أورد العقد على غير قابل لمقصوده فهو باطل قطعاً ولا وقف فيه كما لو باع خمراً أو نكح معتدة فلا يقال: إنه متوقف على تخلله أو انقضاء عدتها بل يجزم ببطلانه.

وإن كان المعقود عليه قابلاً للمورد فهو الذي يدخل فيه الوقف، وقال الزركشي: «وإن كنا لا نقول بوقف العقود فإن هذا مبني على المسامحة للحاجة»[٣].

والتحقيق عندهم -كما سبق بيانه- الوقف وقفان، وقف صحة أو انعقاد ووقف تبيين ولا يلزم من فساد الأول فساد الثاني، إذ الأول أجدر بالفساد.

أما وقف الصحة فهو الذي لم يصدر العقد فيه من أهله أو صدر من أهله . ولكن مع قيام مانع ويمكن أن يعبر عنه بأنه هو الوقف على أمر يوجد في المستقبل .

وهو درجات[٤] . وقيل: هو أن يفوت العقد ركن أو شرط، يتوقف انعقاد العقد على وجود ذلك الركن أو الشرط[٥].

الأولى: وهي أبعدها عن الصحة، ما صدر من غير أهله، وسهل نقضه، وهو بيع الفضولي.

الثانية: ما صدر من غير أهله غير أن نقضه صعب، كتصرف الغاصب بالبيع والشراء تصرفات كثيرة عسر تتبعها، والأول أولى بالفساد من الثاني، لأن الضرورة قد تلجئ إلى تصحيح الثاني.

الثالثة: ما صدر من أهله غير أنه فيه مانعاً يمنع نفوذه كتعلقه برقبة مورد العقد وكذا بذمته مع الرقبة على الوجه وهو بيع العبد الجاني.

---

(١) وهم الحنفية، والمالكية والحنابلة وفي رواية للشافعية في المسألة خلاف يأتي بيان ذلك بعد قليل إن شاء الله.

انظر: رد المحتار شرح الدر المختار: (٤/ ٥٠٣)، (٥/ ٥٠)، درر الحكام: (١/ ٩٤)، والذخيرة: (٤/ ٢٦١) (٥/ ٤٧)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٥)، والمغني: (٦/ ١٩٦)، والمحرر: (١/ ٣١٠)، والمصادر السابقة للشافعية.

(٢) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٤٢)، وكتاب القواعد للحضي: (٤/ ٥٧) وما بعدها .

(٣) انظر: المصدر السابق.

(٤) هذه الدرجات أو المراتب عند الشافعية فقط.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن وكيل: (٢/ ٩١).

الرابعة: صادر من أهله مع المانع إلا أن المانع فيه دون الجناية كبيع المرهون.

الخامسة: صادر من أهله غير أن المانع فيه غير قوي قوة المانع قبله، وذلك لاحتمال أن يتبين بالآخرة اندفاع الموجب له وهو كتصرف المفلس فإنه قد تبين بالآخرة أنه لم يمنع حق الغرماء، وليس كالرهن فإنه يتعلق بكل المرهون.

السادسة: صادر من أهله غير أن المانع ضعيف وهو كتصرف المريض، فهو أقرب التصرفات إلى الصحة؛ لأنه لا يحل له الإقدام على التصرف اعتماداً على بقاء الحياة والمفلس ممنوع؛ لراغمته بالتصرف ما شرع الحجر لأجله.

أما وقف التبيين: فهو الذي يصدر العقد فيه من أهله باطناً لا ظاهراً وهو المعبر عنه بأنه هو الموقوف على أمر تبين وجوده فيما مضى ولا يخفى أنه أقرب إلى الصحة من القسم قبله، ولذا كان صحيحاً إما جزماً وإما على الصحيح(١).

وأما عند غيرهم من الفقهاء فالعقد الموقوف من أقسام الصحيح(٢)؛ لأن الحكم في البيع الصحيح هو أن يفيد الملكية بدون قبض، والموقوف يفيد الملكية بدون قبض أيضاً، وانعقاد هذا العقد موقوفاً على الإجازة لا ينافي كونه صحيحاً، كما لا يمنع من صحة البيع الصحيح كونه موقوفاً على إسقاط الخيار(٣). ويمكن أن يستدل بعمومه على جواز البيع الموقوف عليه لقوله تعالى: ﴿ ٹٹ ﴾(٤)، والبيع اسم للإيجاب والقبول، وليست حقيقته وقوع الملك به للعاقد(٥)، ولكن البيع الموقوف ضعيف في نفسه، ولذا لا يثبت الملك به قبل الإجازة كالهبة قبل القبض(٦)، وكذلك العقد الموقوف. والله أعلم بالصواب.

ب-الإجازة: التعريف بها لغة واصطلاحاً، وما يتعلق بها من الأحكام:

١-معنى الإجازة:

الإجازة في اللغة: الإنفاذ، يقال: أجاز الشيء إذا أنفذه، وأجاز له: سوغ له ورأيه: أنفذه، وأجاز البيع:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٤٢-٢٣٨).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٥٠)، ودرر الحكام: (١/ ٩٥).

(٣) درر الحكام: (١/ ٩٥).

(٤) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٥) أحكام القرآن للجصاص: (٢/ ١٨٩).

(٦) المبسوط للسرخسي: (١١/ ٦٢).

أمضاه[١]، ويقال: أجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً[٢].

ويطلق الفقهاء الإجازة لعدة معان:

الأول: يطلقونها بمعنىٰ تسويغ الفعل والرضا به، وهو لا يخرج عن المعنىٰ اللغوي والمقصود به الرضا بما حصل من العقد والموافقة علىٰ الفعل الواقع[٣].

الثاني: وقد يطلقونها بمعنىٰ الإعطاء[٤].

الثالث: يطلقون علىٰ الإذن بالإفتاء أو التدريس[٥].

الرابع: ويطلقونها علىٰ التوكيل. ذكر أصحاب مجلة الأحكام العدلية: المادة رقم: (١٥٥٢): الإذن والإجازة توكيل[٦].

والمحدثون يطلقونها بمعنىٰ الإذن بالرواية سواء أكانت رواية حديث أم رواية كتاب[٧]، والإجازة إثبات صفة النفاذ في العقود الموقوفة لا الباطلة والفاسدة وبها تكون العقود نافذة، ولا تكون بها العقود الفاسدة صحيحة. قال الكفوي: «والإجازة تعمل في تنفيذ الموقوف لا في تصحيح الفاسد، فيما إذا تزوج أمة بغير شهود وبغير إذن مولاها ثم أجازه المولىٰ بحضرة الشهود لا يجوز النكاح، لأن الإشهاد شرط العقد، ولم يوجد فكان باطلاً لا موقوفاً فلا تلحقه الإجازة. والفسخ أقوىٰ من الإجازة فإن المجاز يقبل الفسخ، ولا ترد الإجازة علىٰ عقد قد انفسخ؛ لأن الإجازة إثبات صفة النفاذ، ويستحيل ذلك في المعدوم...»[٨]، والإجازة بمعنىٰ الإنفاذ لا تكون إلا لاحقة للتصرف، بخلاف الإذن فلا يكون إلا سابقاً عليه[٩].

٢-**أركان الإجازة عند الفقهاء**: لها أربعة أركان[١٠]:

---

(١) انظر: القاموس المحيط: ص(٦٥١)، المصباح المنير: ص(٤٤).

(٢) المصباح المنير: ص (٤٤).

(٣) الموسوعة الفقهية: (١/ ١٧٩، ١٨١)، والتعريفات الفقهية للبركتي: ص(١٧) ط. دار الكتب .

(٤) الاثار لمحمد بن الحسن الشيباني: (ص١٤٩)، والمحلىٰ: (٩/ ١٥٧).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (١/ ١٤)، طبعة الوراق، وكتاب قواعد الفقه: ص(٥٦٦).

(٦) مجلة الأحكام العدلية: (٣/ ٥٢٩).

(٧) انظر: علوم الحديث لابن الصلاح: ص(١٣٤) مطبعة الأصيل بحلب سنة (١٣٨٦) .

(٨) الكليات لأبي البقاء الكفوي: (ص٥١).

(٩) انظر: الموسوعة الفقهية: (١/ ٣٠٣).

(١٠) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: (١/ ٣٠٣).

=

الأول: المجاز تصرفه وهو من تولىٰ التصرف بلا ولاية ولا وكالة كالفضولي.

الثاني: المجيز: وهو من يملك التصرف وقيل: هو لمن له العقد الواقع[١]، سواء أكان أصيلاً أم وكيلاً أم ولياً أم وصياً أم قيماً أم ناظر وقف.

الثالث: المجاز وهو التصرف سواء أكان قولاً أم فعلاً.

الرابع: الصيغة: صيغة الإجازة وما يقوم مقامها ويأتي بيانها في طرائق الإجازة عند الفقهاء.

٣-وللإجازة شروط ذكرها الفقهاء، يمكن لي أن أجملها علىٰ الترتيب المذيل[٢]:

١. **أن يكون ممن ينعقد به التصرف** كالبالغ العاقل والصغير المميز في بعض تصرفاته.

أما إذا كان المباشر غير أهل لعقد التصرف أصلاً كالمجنون والصغير غير المميز فإن التصرف يقع باطلاً غير قابل للإجازة[٣].

٢. **أن يكون المجاز تصرفه حياً لحين الإجازة** : هذا الشرط عند الحنفية[٤] وهو المفهوم من بعض الفروع من مذهب الشافعية[٥].

٣. **أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف وقت الإجازة**[٦].

٤. **أن يكون المجيز موجوداً حال وقوع التصرف**: وذلك في التصرفات التي تتوقف علىٰ الإجازة كخيار الشرط للأجنبي عن العقد،

٥. **أن يكون من تولى الإجازة للتصرف عند العقد**، وهذا شرط عند الشافعية[٧].

٦. **أن يكون عالماً ببقاء محل التصرف**، وهو شرط عند الحنفية والمالكية[٨].

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٥).

(٢) انظر: هذه الشروط في بدائع الصنائع: (٢/ ٢٣٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٣٣)، وجامع الفصولين: (١/ ٣٢٤)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٢٩٥)، والذخيرة: (٤/ ٢٦٣) وما بعدها، ونهاية المحتاج: (٤/ ٣٤٣)، وروضة الطالبين: (٣/ ١١٧)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٤٠٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٣٥)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٤-١١٣)، والفتاوىٰ الهندية: (٣/ ٦١٠).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦١-٢٦٠)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٦)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٢).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٣٧)، (٢/ ٢٣٤-٢٣٣)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٣٥)، وجامع الفصولين: (١/ ٣١٤)، ودرر الأحكام: (١/ ٣٣٣) وما بعدها، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٢)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٢)، والمغني: (٨/ ٤٠٧).

(٧) انظر: نهاية المحتاج: (٣/ ٣١٩١)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٥).

(٨) انظر: الهداية مع فتح القدير: (٥/ ٣١٣)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٣)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٢)، وجواهر الإكليل: =

٧. **أن تكون الإجازة من صـــاحب المتاع نفســـه**، ولا تجوز إجازة وارثه، لبطلانه بموته[1]، وهذا شرط عند الحنفية أيضاً.

٨. **أن يكون التصرف قد وقع صحيحاً**[2].

٩. **أن يكون المعقود عليه قائماً وقت الإجازة**[3]، وكذلك الثمن إذا كان عرضـــاً معيناً؛ لأنه مبيع من وجه فيكون ملكاً للفضولي[4].

٤- **التصرفات التي تحتاج إلى الإجازة في العقود الموقوفة**[5]. وهي نوعان:

أ- التصرفات القولية التي تلحقها الإجازة مثل العقود اللفظية وقد سبق بيانها في قاعدة امتناع التصرف..

ب-التصرفات الفعلية: ساء كانت من باب الإيجاد. كالغاصب إذا أعطى المغصوب لأجنبي بأي تصرف فأجاز المالك ذلك، أو من باب الإتلاف كأن يهب الولي من مال الصغير فإنها لا تجوز[6].

٥-**ما تحصل به الإجازة عند الفقهاء أو طرائق الإجازة:**[7]

الإجازة تتحقق بخمس طرائق:

الأولى: أن تكون الإجازة بالقول، وهو نحو قول المجيز: أجزت، وأنفذت، وأمضـــيت، ورضـــيت، ونحو ذلك[8].

ذكر أصحاب المجلة: «الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزتُ ورضيت»[9].

وتقوم الكتابة والإشـــارة المفهومة مقام القول[10]. وجاء في الذخيرة[11]: »القســـم الأول: ما يدل على الرضـــا

(٢/ ٥).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٤-١١٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٣٣) وما بعدها، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١١) ونهاية المحتاج: (٣/ ٣٩٠).

(٣) انظر: جامع الفصولين: (١/ ٣١٤)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ٣١١)، والفتاوى الهندية: (٣/ ١١١)، والمبسوط: (١٣/ ٥٠).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٣).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٨٣).

(٧) انظر: الموسوعة الفقهية: (١/ ٣٠٨) .

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤١).

(٩) مجلة الأحكام مع شرحه درر الحكام: (١/ ٢٥٠).

(١٠) انظر: الموسوعة الفقهية: (١/ ٣٠٨).

(١١) الذخيرة: (٤/ ٢٦٤-٢٦٣).

=

بالنص على الأخذ أو الترك...» .

الثانية: أن تكون بالفعل: فكل ما يصح أن يكون قبولاً من الأفعال في العقود يصح أن يكون إجازة(١).

وتنص المادة: رقم (٣٠٤) من مجلة الأحكام(٢): الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا... مثلاً: لو كان المشتري مخيراً وتصرف بالمبيع تصرف الملاك كان يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعلية يلزم بها البيع.

الثالثة:مضي المدة في التصرفات الموقوفة كمضي مدة الخيار في خيار الشرط(٣).

وجاء في المجلة: المادة: رقم (٣٠٥)(٤): «إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم».

الرابعة: القرائن القوية المفهومة: كتبسم البكر البالغة، وضحكها ضحك سرور وابتهاج، وسكوتها، وقبضها مهرها عند إعلام وليها إياها، أنه زوجها من فلان فإنها قرينة قوية على إجازتها بخلاف بكائها بصوت مرتفع وولولتها، فهي قرينة على الرفض(٥).

الخامسة: زوال حالة أوجبت عدم نفاذ التصرف كما هو الحال في تصرفات الرجل المرتد عن الإسلام من معاوضات مالية كالبيع والإجارة أو تبرعات كالهبة والوصية والوقف(٦).

ثالثاً: المعنى الإجمالي لهذه القاعدة:

العقود الموقوفة من البياعات والتصرفات وغيرها لا يثبت الملك فيها إلا بعد وجود الإجازة المعتبرة شرعاً سواء كانت الإجازة قولية أو فعلية أو ما يقوم مقامها من القرائن القوية ومضي المدة الموقوتة وغيرها.

فالإجازة تؤثر في نفاذ العقود الموقوفة وبالتالي في ثبوت الملك فيها، وذلك لأن الإجازة عند الفقهاء وإن

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٧) والذخيرة: (١/ ٢٦٤)، وروضة الطالبين: (٣/ ١١٧).

(٢) مجلة الأحكام مع شرحه: (١/ ١/ ٢٥١).

(٣) انظر: درر الحكام: (١/ ٢٥١)، والذخيرة: (٤/ ٢٦٤)، وروضة الطالبين: (٣/ ١١٦)، والمغني: (٦/ ٤٥)، وفي المسألة خلاف أشار إليه صاحب الذخيرة والمغني.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٥١)، مع درر الحكام.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٤٤٥)، والفتاوى الهندية: (١/ ٢٨٧)، والذخيرة: (٤/ ٢٦٤)، والمغني لابن قدامة: (٩/ ٤٠٧-٤٠٩).

(٦) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٤)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٦٩)، والأم: (٦/ ١٥١)، ومنتهى الإرادات: (٢/ ٥٠٣)، والمغني: (١٢/ ٢٧٣-٢٧٤).

=

كانت لاحقة فهي كالإذن السابق أو الوكالة السابقة شرعاً[١]، ولذا قعدوا بقولهم: «الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء»[٢]. «والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[٣].

وهي لا تؤثر ولا تلحق الباطل من العقود والباطل هو العقد الذي لا يثمر المقصود منه لفقده ركناً من أركانه أو شرطاً من شروطه، وقيل: الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه[٤]، أو ما لا يعتد به، ولا يفيد شيئاً أو ما كان فائت المعنىٰ علىٰ وجود الصورة إما لانعدام الأهلية أو لانعدام المحلية[٥].

والعقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة فليس له وجود شرعي اعتباري ومن ثم فهو عدم والعدم لا ينتج أثراً[٦].

وهي لا تؤثر أيضاً في المتلفات، وبالتالي لا تسقط الضمان عن المتلف والإجازة إذا صدرت ممن له الحق أو العقد يظهر أثرها من حين إنشاء التصرف.

ويكون المجاز تصرفه وكيلاً لصاحب الحق، وتعتبر إجازته كالإذن السابق وبها يثبت الملك في العقود الموقوفة، ويصح للمعقود له التصرف في المعقود عليه.

والإجازة أيضاً: لا تؤثر في المنفسخ من العقود، فمثلاً لو رد من له حق الإجازة التصرف المتوقف عليها، فليس له أن يجيز بعد ذلك؛ لأنه بالرد أصبح التصرف باطلاً، ولأن الإجازة في نفوذ العقد وثبوت حكمه بمنزلة الإنشاء، فإنما تصح الإجازة في محل يصح إنشاء البيع فيه[٧]. ومعلوم عند الفقهاء أن الفسخ أقوىٰ من الإجازة[٨].

فالضابط هنا بلفظه المذكور يتضمن حكم الإجازة التي يتوقف عليها الملك في التصرفات الموقوفة. والله

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥١)، والهداية مع فتح القدير: (٧/ ٥٥)، (٦/ ٣٠٦)، والمجلة مادة رقم: (١٤٥٣)، والالتزامات: ص(١٢٣).

(٢) انظر: المبسوط: (١٢/ ٨) وشرح السير الكبير: ص(١٣١٦).

(٣) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٧٧٢-٧٧١).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٣٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (٢٨٧-٢٨٦)، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم: (٣٧٠): (١/ ٢٠٧)، والتعريفات الفقهية: ص(٤١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٥٤)، ومنتهىٰ الإرادات: (٢/ ١٩٠).

(٧) انظر: المبسوط: (١٨/ ١٤٢).

(٨) انظر: المبسوط: (١٣/ ٤٨)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٧١)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٠٠)، والمهذب: (١/ ٢٦٠)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤٨٩)، والكافي لابن قدامة: (٢/ ١٢).

=

تعالىٰ أعلم.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة، والأدلة عليها:

أ-وقع الخلاف في اعتبار هذه القاعدة عند الفقهاء بناء علىٰ اختلافهم في مسألة وقف العقود، وقد سبق الكلام عليه وعلىٰ هذا فللفقهاء في اعتبارها اتجاهان:

الاتجاه الأول: أنها من الأصول المقررة لديهم، وأن الموقوف من العقود والتصرفات لا يثبت فيه الملك إلا بعد الإجازة من أهلها. وهذا مذهب الحنفية[1]، والمالكية في الجملة[2]، والشافعي في القديم[3]، والحنابلة في رواية[4]، بناء علىٰ تصرفات الفضولي ومن في معناه.

الأدلة:

١-يمكن الاستدلال علىٰ هذا بحديث عروة بن الجعد البارقي ﵁ أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترىٰ شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق، قال: فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال: «**بارك الله في صفقة يمينك**»[5].

قال الحافظ ابن حجر: «وفيه أنه أمضىٰ له ذلك وارتضاه، واستدل به علىٰ جواز بيع الفضولي»[6].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ أجاز له البيع الثاني وهو تصرفه من عنده بلا ولاية ولا وكالة، وبإجازته ﷺ ثبت للمشتري الملك فيما اشتراه ولهذا لم يسترد المبيع. والله أعلم[7].

واعترض علىٰ الاستدلال بهذا الحديث بما يأتي:

---

(١) انظر: رد المحتار: (٤/ ٥٠٣) (٥/ ٥٠)، ودرر الحكام: (١/ ٩٤)، وأحكام القرآن للجصاص: (٨/ ١٨٩).

(٢) انظر: الذخيرة: (٤/ ٦١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٢٣)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦١)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٧) وما بعدها، والشرح الكبير للرافعي: (٨/ ١٢٤-١٢١)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٨٩) وما بعدها، ولابن السبكي: (١/ ٢٣٨) وما بعدها، وللسيوطي: ص(٢٨٦-٢٨٥).

(٤) انظر: المغني: (٧/ ٣٩٩)، والسلسبيل: (٢/ ٢٩)، والقواعد لابن رجب: ص(٤٠٥-٤٠٤)، والإنصاف: (١٥/ ٢٨١) وما بعدها .

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ٢٥٢) في باب حدثني محمد بن المثنىٰ، من كتاب المناقب: برقم: (٣٦٤٢)، واللفظ المذكور أخرجه ابن ماجه في سننه: (٢/ ٨٠٣) في باب الأمين يتجر فيه فيربح من كتاب الصدقات.

(٦) فتح الباري للحافظ ابن حجر: (٦/ ٧٣٣).

(٧) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٧٣).

أ-بأنه مرسل، ولا يلزم القول به(١).

ب-ولو سلم جدلاً بصحته لم يكن فيه دلالة على ما قالوا، لما فيه من الشراء الذي لا يصح وقوفه عندهم والبيع الذي لا يصح وقوفه عندنا(٢).

ج-أنه احتمل أن يكون مأذوناً من قبله ﷺ: وقد أثنى عليه النبي ﷺ والثناء لا يستحقه بمخالفته، فدل على أنه فعل ذلك عن إذنه(٣).

٢-وبحديث حكيم بن حزام أنه قال: أن ر سول الله ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أ ضحية، فا شترى أ ضحية بدينار، فباعها بدينارين ثم ا شترى أ ضحية بدينار، وجاءه بدينار وأ ضحية، فقال: « **ضح بال شاة وت صدق بالدينار**»(٤)، واللفظ عند أبي داود: فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته(٥).

وجه الدلالة من الحديث ظاهر حيث أنه تصرف في ملك غيره، وأجازه صاحب الملك، واعترض عليه أيضاً كالاعتراضات السابقة(٦).

قال الماوردي: أما حديث حكيم بن حزام فيحتمل أمرين(٧):

الأول: أن يكون النبي ﷺ رد الأمر فيه إلى رأيه، فرأى ما فعله، فكان مأذوناً فيه.

الثاني: أنه اشترى ذلك لنفسه، ثم باعه لنفسه ثم اشترى للنبي ﷺ شاة عن إذنه المتقدم.

ولقائل أن يقول: كيف يصح أن يشتري لنفسه بمال غيره، بل الظاهر أنه تصرف في مال غيره بغير إذنه ثم أجازه ذلك بالثناء عليه.

٣-وبحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال: «**قال الثالث: اللهم استأجرت إجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ترك الذي له، وذهب فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال، فجاءني بعد**

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٥/ ٣٢٩)، والمجموع للنووي: (٩/ ٢٦٣).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٦٧٩)، في باب في المضارب يخالف من كتاب البيوع والإجارات برقم: (٣٣٨٦)، والترمذي في سننه: (٣/ ٥٥٨)، في باب ... من كتاب البيوع ، برقم (١٢٥٧)، وذكر أبو عيسى فيه انقطاع. وفي إسناده مجهول كما ذكر محقق سنن أبي داود .

(٥) سنن أبي داود: (٣/ ٦٧٩).

(٦) انظر: المجموع للنووي: (٩/ ٢٥٩).

(٧) الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٩).

=

حين، فقال: يا عبد الله أدّ إلي أجري، فقلت: كل ما ترى من أجرك من الإبل، والبقر والغنم والرقيق، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بي، فقلت: لا أستهزئ، فأخذه كله فاستاقه، فلم يترك منه شيئاً»[١].

قال النووي: «إن هذا شرع لمن قبلنا، وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور، فإن قلنا: ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز في الذمة ولم يسلمه إليه بل عينه له، فلم يتعين من غير قبض، فبقي على ملك المستأجر؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، ثم إن المستأجر تصرف فيه وهو ملكه، فيصح تصرفه سواء اعتقده له، أو للأجير ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجر بتراضيهما»[٢].

ويمكن أن يقال: إنه احتمال يرده نص الحديث حيث جاء: أنه تركه وذهب، وفي لفظ: «فأعطيته وأبى ذلك أن يأخذ، فعمدتُ إلى ذلك الفرق[٣][٤]، وأما دعوى أنه شرع من قبلنا فيرد عليه قوله: «**من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز، فليكن مثله**»، قالوا: من صاحب فرق الأرز يا رسول الله؟ فذكر حديث الغار»[٥].

٤-وا ستأنسوا بالا ستدلال بقوله تعالى: ﴿ئەئوئوئۇئۇ﴾[٦]، وفي هذا إعانة لأخيه المسلم؛ لأنه لا يكفيه نعت البيع إذا كان مختاراً له[٧].

٥-ولأن هذا تصرف صدر من أهله، لأنه عاقل بالغ مضافاً إلى محله؛ لأنه مال متقوم، ولا ضرر في انعقاده على المالك؛ لأنه مخير فإن رأى فيه مصلحة أجازه وإلا فسخه، فينعقد ويتوقف نفوذه على إجازة المالك بل

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ٤٧١) في باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه من كتاب البيوع، برقم (٢٢١٥)، وكذلك في باب من استأجر أجيراً فترك الأجير أجره من كتاب الإجازة برقم: (٣١١١)، وفي باب: إذا زرع بمال قوم بغير إذنهم من كتاب الزراعة والحرث برقم: (٢٣٣٣)، وفي باب إجابة دعاء من بر والديه من كتاب الأدب برقم: (٥٥١٧)، ومسلم في صحيحه: (٩/ ٥٩)، في باب قصة أصحاب الغار الثلاثة من كتاب الذكر والدعاء... برقم (٦٨٨٤)، وهو في تحفة الأشراف برقم: (٨٤٦١).

(٢) المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٣)، وكذلك انظر قول الخطابي فيه: (٣/ ٦٨٠).

(٣) الفَرَق: مكيال يسع ستة عشر رطلاً، وهي اثنا عشر مداً أو ثلاثة آصع عند أهل الحجاز، وقيل: الفرق خمسة أقساط، والقسط: نصف صاع فأما الفرق بالسكون فمائة وعشرون رطلاً.

انظر: النهاية غريب الحديث: (٣/ ٨٣٧)، والفائق: (٢/ ٢٦٤).

(٤) البخاري في صحيحه: (٤/ ٤٧٧) برقم (٢٢١٥) (٥/ ٢٠)، وبرقم: (٢٣٣٣).

(٥) أبو داود: (٣/ ٦٨٠) برقم: (٣٣٨٧).

(٦) الآية: (٢) من سورة المائدة .

(٧) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٢)، وكذلك بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٩).

=

فيه نفع له حيث سقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن، وفيه نفع للعاقد من حيث صيانة كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري، فتثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه علي أن الإذن ثابت دلالة، لأن كل عاقل راض بتحصيل التصرف النافع له(١).

٦-ولأن هذا تصرف له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث(٢).

ويرد على هذا الاستدلال بأن القياس على الوصية غير صحيح؛ لأن حكم الوصية أوسع وحكم العقود أضيق، ألا ترى أن القبول في الوصية على التراخي فجاز أن تكون موقوفة على الإجازة، والقبول في البيوع على الفور فلم يجز أن تكون موقوفة على الإجازة(٣).

ولأن الوصية تحتمل الغرر، وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع(٤).

٧-ولأنه لما جاز أن يكون العقد موقوفاً على الفسخ إذا ثبت فيه الخيار جاز أن يكون موقوفاً على الإمضاء إنما لم يوجد معه الإذن(٥).

٨-ولأن إذن المالك لو كان شرطاً في انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع؛ لأن ما كان شرطاً للبيع لا يجوز تقدمه عليه، ولهذا لما كانت الشهادة شرطاً في النكاح اشترط مقارنتها لعقده، فلما أجمعنا على أن الإذن في البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط في صحة انعقاده(٦).

٩-ولأن الإجازة الصادرة من أهلها تجعل المتصرف بغير إذنه وكيلاً له إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق حكماً(٧).

١٠-إن هذا عقد يتعلق به حق الغير فجاز أن يقف على إجازته كالمريض إذا حابى في بيعه(٨).

الاتجاه الثاني: إن هذه القاعدة لا اعتبار لها، بل العقود لا تقف على الإجازة وعلى هذا الإجازة، لا تؤثر في ثبوت الملك بل العقود إما صحيحة نافذة يثبت فيها الملك أو باطلة غير نافذة لا يثبت فيها شيء.

(١) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٣٧٤-٣٧٣).

(٢) انظر: المجموع: (٩/ ٢٦٢)، والحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٩).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٣).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٩).

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب: (٥/ ٢٦٢).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٤-١١٣).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٨).

=

وهو مذهب الشـافعي في قوله الجديد[1]، ورواية عن الإمام أحمد وعليها المذهب عندهم[2]، بناء على عدم القول بوقف العقود.

الأدلة:

١-ا ستدلوا بحديث أبي هريرة ﷺ قال: **نهى ر سول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر**[3]، وهذا داخل فيه لتردده بين جوازين.

٢-وبحديث حكيم بن حزام، قال: سألت ر سول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: «**لا تبع ما ليس عندك**»[4]، يعني ما ليس في ملكك[5].

قال في تحفة الأحوذي: "وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه؛ لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا؟"[6].

٣-وبحديث عمرو بن شـعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «**لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك**»[7].

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٥٩) وما بعدها، والمنثور في القواعد: (٣/ ٣٤٠)، وكتاب القواعد للحصـني: (٤/ ٥٦)، والشرح الكبير: (٨/ ١٢٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٥)، قال الإمام وتبعه الرافعي: إن الصحة ناجزة على القديم والمتوقف على الإجازة الملك، وقال النووي: الذي قاله الأكثرون: إن الصحة موقوفة على الإجازة فتكون الإجازة مع الإيجاب والقبول ثلاثتها أركان العقد.

انظر: المنثور للزركشي: (٣/ ٣٤٠)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٦).

وقال أيضـاً: قال الشـافعي: إن صـح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضي فالبيع والعتق جائزان، هذا نصه، وقد صح حديث عروة البارقي، فصار للشافعي قولان في الجديد أحدهما موافق للقديم والله تعالى أعلم . المجموع: (٩/ ٢٥٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٩٥)، (٧/ ٣٩٩)، والإنصـاف: (١٥/ ٢٨١) وما بعدها، القواعد لابن رجب (ص٤٠٥)، قال ابن قدامة: أظهر لها بطلانها، الشرح الكبير: (١٥/ ٢٨٢).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١١/ ٣٩٥)، في باب بطلان بيع الحصاة.. من كتاب البيوع برقم: (٣٧٨٧).

(٤) الحديث أخرجه الترمذي في سـننه: (٤/ ٣٦٠)، مع تحفة الأحوذي في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده من أبواب البيوع برقم: (١٢٥٠)، وابن ماجه في سـننه: (٢/ ٧٣٧)، في باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، من كتاب التجارات برقم: (٢١٨٧). والحديث صحّحه الألباني في إرواء الغليل: (٥/ ١٣٢) .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٨).

(٦) تحفة الأحوذي: (٤/ ٣٦٠).

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٦٤١-٦٤٠) في باب الطلاق قبل النكاح من كتاب الطلاق برقم: (٢١٩٠)، والترمذي في =

٤-وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا يحل سلف[(١)] وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا تبع ما ليس عندك»**[(٢)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث بأنها نص في الدلالة على تحريم بيع ما لا يملك أحد، ولعل هذا ينتقض بالوكيل والولي والوصي وغيرهم.

٥-ولأن عقد البيع ينقل ملكاً عن البائع إلى مالك وهو المشتري، فلما لم يجز أن يكون موقوفاً على إجازة المشتري مع ما فيه من تجديد ملكه فأولى أن لايكون موقوفاً على إجازة البائع لما فيه من انتزاع ملكه. وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد طرفي البيع لم يجز أن يقف على الإجازة كالقبول[(٣)].

٦-ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الطير في الهواء والحوت في الماء[(٤)].

٧-ولأن نفوذ البيع إنما يكون في ملك وعن إذن من له الملك، فلما كان لو عقد على غير ملك كالخمر ثم صار المعقود عليه ملكاً بان صار الخمر خلاً لم يصح العقد وجب إذا عقد عن غير إذن المالك فلم ينفد العقد ثم أذن المالك أن لا يصح العقد، وتحريره قياساً: أنه عقد بيع لم ينفذ عند عقده فوجب أن لا ينفذ من بعده، أصله ما ذكر في بيع ما ليس عندك إذا صار ملكاً[(٥)].

ولعل هذا منتقض بالبيع الذي فيه خيار. والله أعلم

سننه: (٥/ ١٤٧)، في باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح من أبواب الطلاق برقم ١١٨١، وقال: حديث حسن وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وابن ماجه في سننه: (١/ ٦٦٠)، في باب لا طلاق قبل النكاح من كتاب الطلاق برقم: (٢٠٤٧)، والإمام أحمد في المسند: (٢/ ١٩٠)، قال النووي: ويقتضي أنه صحيح وقال الترمذي هو حديث حسن، المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٩).

(١) السَلَف يطلق على السلم والقرض، والمراد هنا شرط القرض على حذف المضاف، أي لا يحل بيع مع شرط سلف وقيل: هو أن يقرضه قرضاً ويبيع منه شيئاً بأكثر من قيمته . تحفة الأحوذي: (٤/ ٣٦١).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ٧٦٩) في باب الرجل يبيع ما ليس عنده من كتاب البيوع والإجارات برقم: (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٤٢)، في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك من أبواب البيوع برقم: (٤٥٥٠)، وابن ماجه في سننه: (٢/ ٧٣٨-٧٣٧) في باب النهي عن بيع ما ليس عندك من كتاب التجارات، والدارمي في سننه: (٢/ ٢٥٣)، والإمام أحمد في مسنده: (٢/ ١٧٥، ١٧٩، ٢٠٥)، قال الترمذي: هذا حديث حسن، قال المنذري: ويشبه أن يكون صححه أي الترمذي لتصريحه فيه بذكر عبد الله بن عمرو. انظر: معالم السنن:(٣/ ٧٧٥) مع سنن أبي داود.

(٣) انظر: المجموع للنووي: (٩/ ٢٦٣)، والحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٩).

(٤) انظر: المصدرين السابقين. وكذلك المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٩٦).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٩).

=

الذي يظهر لي بعد هذا العرض والبيان، هو القول بصحة مثل هذه التصرفات ثم وقوفها على إجازة المالك، وعلى هذا الضابط الذي نحن بصدده يكون معتبراً بمعناه وفحواه، والإجازة تؤثر في نفاذ الموقوف من العقود وبها يثبت الملك فيه. وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأن تصحيح ما يحتمل التصحيح من العقود أولى من إبطاله في باب المعاملات إذ فيه يسر وسماحة. ولأن مثل هذا التصرف له نظائر في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف[1].

ولأنه لما جاز أن يتصرف من ليس له الملك في ملك غيره بإذنه السابق جاز له أن يتصرف فيه اعتماداً على إجازته اللاحقة؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق حكماً.

هذا الخلاف انبنى على تصرفات الفضولي، وكل من يتصرف بلا ملك ولا ولاية وبغض النظر عن تصرفاته فإن الموقوف من العقود وغيرها فما اتفق عليه الفقهاء[2]، لا يفيد الملك إلا بعد الإجازة عند أكثر الفقهاء[3]، وعليه فإن القاعدة المذكورة اعتبارها كأصل فقهي لدى جميع المذاهب. والله أعلم[4].

خامساً: الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

هذه القاعدة تحتوي في طياتها جملة كبيرة من الفروع الفقهية والمسائل الفرعية، أذكر هنا شيئاً منها:

١-تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة من له العقد، ولا يثبت فيها الملك إلا بعد الإجازة عند من يقول بوقفها، ويأتي بيان هذه المسألة على الترتيب الآتي:

أ-**التعريف بالفضولي**: الفضولي لغة من يشتغل بما لا يعنيه[5]، نسبة إلى الفضول، والفضول جمع فضل، والفضل بمعنى الزيادة، والقياس أن يقال: فضلي لا فضولي، لأن ياء النسبة لا تدخل على الجمع، ولكن قد استعملت هذه الكلمة كعلم ومفرد بطريق الغلبة مثل قولهم: الأنصاري والأعرابي وما إلى ذلك من

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٩).

(٢) مثل البيع بشرط الخيار، وبيع المريض إذا حابى في بيعه والوصية بما زاد على الثلث وغيرها. انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٢)، وبدائع الصنائع: (٥/ ١٤٩)، والحاوي الكبير: (٥/ ٣٢٨)، والمغني: (٦/ ٢٩٦-٢٩٥).

(٣) خلافاً للحنابلة في المسألة قالو: حيث قلنا: يملكه بالإجازة فإنه يدخل في ملكه من حين العقد.

انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٢/ ٥٩) وهو المذهب عندهم كما ذكر.

(٤) انظر: المبسوط: (١٢/ ٦٩)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٠٠)، (٥/ ٢٦٥-٢٦٤)، عقد الجواهر الثمينة: (٢/ ٦٢٩)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٦٩-٥٦٨)، والتلقين: (٢/ ٣٦٤)، والثمر الداني: ص(٤٢٢)، والمجموع: (٩/ ١٩٩)، وحاشية البجيري: (٢/ ٢٣٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨، ٤٤)، والمغني: (١٦/ ٢٤-٢٠)، والإنصاف: (٤/ ٣٧٩٩).

(٥) انظر: المصباح المنير: ص(١٨١).

=

الألفاظ[١].

وفي الاصطلاح: هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي[٢]، وقيل: هو من ليس بوكيل في العقد[٣]، وقيل: من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد[٤].

أما تصرف الولي والوصي والوكيل والحاكم في بيع مال المفلس والممتنع من وفاء دينه والملتقط والظافر بغير جنس حقه فلا يعد فضولاً، وكذلك تصرف الإمام في بيت المال وغيره من الأمور العامة والقاضي في أموال اليتامى وقائد الجيش في الغنائم فلا يعد فضولاً بل يكون نافذاً[٥].

ب-تصرف الفضولي بالبيع:

اختلف الفقهاء في بيع الفضولي إذا كان المالك أهلاً للتصرف، وبيع ماله وهو غائب أو كان حاضراً، وبيع ماله وهو ساكت فهل يصح بيع الفضولي أم لا يصح؟[٦]. على قولين:

القول الأول: إن بيع الفضولي صحيح، إلا أنه موقوف على إجازة المالك، وبالتالي لا يثبت الملك فيه إلا بعد الإجازة.

وهذا مذهب الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، والشافعي في القديم، وأحد قوليه في الجديد[٩]، وأحمد في إحدى الروايتين عنه[١٠].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٠٦) ودرر الحكام: (١/ ٩٥) مع شرحه، والمصباح المنير: ص(١٨١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٠٦)، ومجلة الأحكام العدلية المادة: رقم (١١٢)، (١/ ٩٥).

(٣) انظر: تفصيل الكلام في الفضولي العناية على الهداية: (٥/ ٣٠٩)، وحاشية الشبلي على تبيين الحقائق: (٤/ ١٠٣)،ودرر الحكام: (١/ ٩٥).

(٤) الموسوعة الفقهية (٩/ ١١٧) وما بعدها.

(٥) انظر: درر الحكام (١/ ٩٥)، ومغني المحتاج (٢/ ١٥).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٨) وما بعدها، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٦) وما بعدها، ومغني المحتاج: (١/ ١٥)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٩٦)، وكشاف القناع: (٣/ ١٥٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٧)، وتبيين الحقائق: (٤/ ١٠٣-١٠٢)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١٠٦) وما بعدها، وفتح القدير: (٥/ ٣٠٩)، ط. الأميرية.

(٨) انظر: حاشية الدسوقي: (٢/ ١٢)، ومواهب الجليل: (٤/ ٢٧٠-٢٦٩)، وحاشية الخرشي: (٥/ ١٨).

(٩) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣٥٣)، والمجموع: (٩/ ٢٥٩)، وتحفة المحتاج: (٤/ ٢٤٦).

(١٠) انظر: المغني: (٦/ ٢٩٥)، والفروع: (٢/ ٤٦٧-٤٦٦)، والإنصاف: (٤/ ٢٨٣)، وكشاف القناع: (٣/ ١٥٧).

واستدلوا بأدلة سبق ذكرها في اعتبار القاعدة لدىٰ الفقهاء[١].

القول الثاني: إن بيع الفضـولي باطل، ولا يتوقف علىٰ الإجازة وهو ما ذهب إليه الشـافعي في قوله الثاني من الجديد، وعليه المذهب[٢]، والإمام أحمد في رواية عنه وهي المذهب عند فقهاء الحنابلة[٣].

الذي يظهر لي هو القول بصحة بيع الفضولي موقوفاً علىٰ إجازة المالك. وذلك للأصل الذي بين أيدينا.

٢-ومنها: تصرف الصبي المحجور عليه: إذا باع مال نفسه، أو اشترىٰ أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسـه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه، يتوقف علىٰ إجازة وليه ما دام صـغيراً أو علىٰ إجازته بنفسـه بعد البلوغ، إن لم يوجد من وليه في حال صـغره، حتىٰ لو بلغ الصـبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسـه جاز، ولا يتوقف علىٰ نفس البلوغ من غير إجازة، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها[٤].

أما الـ صبي إذا كان صغيراً مميزاً فهل يـ صح تـ صرفه بالبيع والـ شراء فيما أذن له الولي فيه؟ اختلف الفقهاء في المسألة علىٰ قولين:

القول الأول: يصـح تصرـفه فيما أذن له فيه، وهو مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، ورواية عن الإمام أحمد وهي المذهب عند الحنابلة[٧]، وهو قول للشافعية[٨].

القول الثاني: لا يصح تصرفه حتىٰ يبلغ وهذا مذهب الشافعي[٩].

وا ستدلوا بأنه غير مكلف فأ شبه غير المميز[١٠]. والظاهر أنه يصح تصرفه موقوفاً علىٰ الإجازة لأنه عاقل مميز محجور عليه فيصـح تصرـفه بإذن وليه كالعبد[١١]، وأما إن تصرـف بغير إذن وليه فهل يصـح تصرـفه أم لا؟

---

(١) وهي أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

(٢) انظر: المجموع: (٩/ ٢٥٩)،وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٦-٥٥).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ٢٩٥)، والإنصاف: (١٢/ ٥٥) وما بعدها .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٩)، حاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٠)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٤٧، ٥٩٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٣٥)، والاختيار: (١/ ٥٣).

(٦) انظر: القوانين الفقهية: (١/ ٨٦)، وحاشية العدوي: (٢/ ٣٥٠) ومواهب الجليل: (٥/ ٣٩٢).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٤٧)، والشرح الكبير: (١١/ ١٩)، والإنصاف: (١١/ ١٩).

(٨) انظر: المهذب: (٢/ ٧).

(٩) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ١٥٠)، والمهذب: (٢/ ٧).

(١٠) انظر: المصدر السابق.

(١١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (١١/ ١٩)

اختلف فيه.

القول الأول: يصح تصرفه ويقف على إجازة الولي، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، واحتمال عند الحنابلة بناء على تصرف الفضولي[3].

القول الثاني: لا يصح تصرفه وهو مذهب الشافعية[4]، والحنابلة[5]، إلا أن فقهاء الحنابلة صححوه في الشيء اليسير، وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن أبا الدرداء ﵁ اشترى من صبي عصفوراً فأرسله. ذكره ابن أبي موسى[6].

٣- ومنها: مسألة ذكرها فقهاء الحنفية وهي صبية زوجت نفسها من كفء، وهي تعقل النكاح ولا ولي لها، فالعقد يتوقف على إجازة القاضي فإن كان في موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإلا فلا ينعقد، وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ[7].

وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الإجازة، وأما إذا كان تصرفاً لا يقبل الإجازة مثل: لو طلق الصبي امرأته، أو خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله، أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات فإنه لا يصح ولا يقف على الإجازة؛ لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء.

وكذلك وصية العبد لا تنعقد[8]، والله أعلم بالصواب. وكل ما لا ينعقد من العقود لا يثبت فيه الملك ولو بالإجازة.

٤-ومنها: تصرفات العبد المحجور عليه: فإنها موقوفة على إجازة السيد، ولا يثبت الملك فيها إلا بعد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٣٥)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١٠).

(٢) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٣٩٢).

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (١١/ ٢٠).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ١٥٠).

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٢١) مع الشرح الكبير.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٤٧)، والشرح الكبير: (١١/ ٢٠).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٠٧-١٠٦).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٥٠).

إجازته(١)، لأنه أهل للمعاملة وإنما منع لحق السيد(٢).

وأما تصرفات العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه بغير خلاف بين الفقهاء(٣)، وهل يصح فيما زاد على قولين(٤).

ويصح تصرف العبد والأمة بغير إذن السيد فيما يصح فيه تصرف الصغير بغير إذن وليه(٥).

ويتخرج على هذا تصرفه بعقد نكاح فهل يصح أم لا؟ اختلف في المسألة على قولين:

القول الأول: إن عقده موقوف على إجازة السيد، فلا يثبت له ملك الانتفاع المترتب على هذا العقد. وهو قول الحنفية(٦)، والمالكية(٧)، والإمام أحمد في رواية(٨).

وعلى هذا إذا تزوج امرأة وقع عليها طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته؛ لأن ملك النكاح يثبت للعبد؛ لأن ملكه من خصائص الآدمية، وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة، وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقاً برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به، والتزامه إياه، فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان إليه دفعه لا إلى غيره(٩).

واستدلوا بأنه عقد يقف على الفسخ فوق على الإجازة كالوصية(١٠).

واستأنسوا أيضاً بحديث الفتاة التي قالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وفيه فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً(١١).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٩/ ٤٧-٤٦)، وبدائع الصنائع: (٥/ ١٣٥)، والمدونة الكبرى: (١١/ ٤٢٩)، والذخيرة: (٤/ ٥٠٣)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٢٩)، والحاوي الكبير: (٥/ ٣٦٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٥١)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٤٢١)، والإنصاف: (١٣/ ٤٢٠٠).

(٢) انظر: الذخيرة: (٤/ ٥٠٣).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ٣٥٠)، والحاوي الكبير: (٥/ ٣٦٩).

(٤) انظر: المصادر السابقة في هامش رقم: (١) .

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٢١) مع الشرح الكبير.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٣٧)، (٦/ ٢٠)، المبسوط: (٥/ ١٢٦، ١٢٨)، والهداية: (١/ ٢١٥).

(٧) انظر: الذخيرة: (٤/ ٥٠٣)، الثمر الداني: (١/ ٤٦٠)، القوانين الفقهية: (١/ ١٣٢).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ٢٧٩). (٩/ ٤٦).

(٩) انظر: شرح فتح القدير: (٣/ ٤٩٤).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ٤٣٦).

(١١) الحديث أخرجه النسائي في سننه: (٦/ ٧١) في باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة من كتاب النكاح، وابن ماجه في سننه: =

وجه الدلالة من الحديث أنه جعل العقد موقوفاً على إذنها، فيعتبر هذا في كل مسألة يعتبر فيها الإذن.

القول الثاني: إن هذا العقد يقع باطلاً، ولا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ولا يترتب عليه أثره. وهذا مذهب الشافعية(١)، والحنابلة في رواية وهي المذهب(٢)، وبه قال أبو عبيد، وأبو ثور وابن المنذر(٣).

قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده، فإن نكح لم ينفذ(٤) نكاحه في قولهم جميعاً. وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن نكاحه باطل. والصواب ما قلنا إن شاء الله فإنهم اختلفوا في صحته(٥).

واستدلوا بأدلة منها:

١-بحديث ابن عمر: قال: إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل(٦).

٢-وبحديث جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر**»(٧).

وجه الدلالة منه أن نكاحه بغير إذن سيده باطل، لا يثبت به ملك النكاح ويمكن أن يقال: إن عقده وقع موقوفاً على إذن سيده، فإذا حصل الإذن بالإجازة نفذ عقده والنص يقيده السياق مالم يأذن له سيده؛ لأن الإذن هنا شرط نفاذ(٨).

(١/ ٦٠٢)، في باب من زوج ابنته وهي كارهة من كتاب النكاح والإمام أحمد في مسنده: (٦/ ١٣٦).

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٧٠-٣٦٩)، والأم: (٧/ ١٦١).

(٢) انظر: المغني: (٩/ ٣٧٩)، و(٩/ ٤٣٦)، الإنصاف.

(٣) انظر: المغني: (٩/ ٣٧٩، ٤٣٦).

(٤) في المطبوعة: لم ينعقد، وفي نسخة دار الكتب المصرية، ونسخة مسجد المؤيد شيخ لم ينفذ، وهو المقصود هنا وإلا لا يستقيم الكلام الذي سيق لأجله والله أعلم.

(٥) المغني لابن قدامة: (٩/ ٤٣٦).

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٥٦٣) في باب نكاح العبد بغير إذن سيده من كتاب النكاح برقم: (٢٠٧٩) واللفظ له، وابن ماجه في سننه: (١/ ٦٣٠)، في باب تزويج العبد بغير إذن سيده من كتاب النكاح، قال أبو داود: هذا الحديث ضعيف وهو موقوف، وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما.

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٥٦٣) في باب: في نكاح العبد بغير إذن سيده، من كتاب النكاح، والترمذي في سننه: (٥/ ٣١) في باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده من باب النكاح، وقال الترمذي: حديث حسن، والدارمي في سننه: (٢/ ١٥٢)، في باب: في العبد يتزوج بغير إذن سيده من كتاب النكاح، والحاكم في المستدرك: (٢/ ١٩٤)، قال الشيخ الألباني: في صحيح الجامع: (٢/ ٣٩٩) صحيح، قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله فقال: هذا حديث منكر. انظر: المغني: (٩/ ٤٣٦-٤٣٧)، ولا أدري ما سبب إنكاره رحمه الله؟

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٨)، وكذلك فتح باب العناية: (٢/ ٦٧).

٣-لأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح، كما لو تزوجها بغير شهود[١].

٤-ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة[٢]. والله أعلم بالصواب.

وكذلك الحكم في شرائه بثمن في ذمته واقتراضه واستدانته[٣].

وأما إقراره ففيه تفصيل وخلاف[٤]، عند الفقهاء رحمهم الله.

٤-ومنها: **بيع العبد الجاني جناية تقتضي المال المتعلق برقبته**: فإنه هل يتوقف الملك فيه على إجازة المجني عليه أم لا؟ ويأتي بيان المسألة على الترتيب التالي:

أولاً: إن الجناية الصادرة من العبد قد تقتضي المال إما متعلقاً برقبته أو بذمته وقد تقتضي القصاص إما في النفس أو فيما دونها، فإن أوجبت المال متعلقاً بذمته لم يقدح ذلك في البيع بحال، وإن أوجبته متعلقاً برقبته فهل يصح بيعه؟ نظر: إن باعه بعد اختيار الفداء فلا يقدح ذلك أيضاً، وإن باعه قبل اختيار الفداء أو من غير اختيار الفداء وهو مُعسرٌ فإنه لا يجوز بيعه، لما فيه من إبطال حق المجني عليه[٥].

وإن كان موسراً فهو محل خلاف بين الفقهاء.

ثانياً: اختلف الفقهاء فيما إذا باع العبد الجاني جناية توجب المال متعلقاً برقبته من غير اختيار الفداء، والسيد موسر، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمداً أو خطأً على النفس وما دونها، موجبة للقصاص أو غير موجبة له.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ٤٣٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ٣٨٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٣٧٠)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٥٠-٣٤٩)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٤٢٢-٤٢١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٢٢٢)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٥٢-٣٥١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٩٥-٩٤)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٦٦)، والشرح الكبير: (٨/ ١٣٠-١٢٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٥٤).

=

وهو مذهب الحنفية[1]، والحنابلة في وجه وهو الصحيح[2]، وقول للإمام الشافعي[3].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-لأنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره، فلم يمنع البيع كالزكاة[4].

قال ابن رجب: لأن حقه ليس في ملك العبد، ولو كان كذلك لملكه ابتداء وإنما وجب له أرش جنايته، ولم يوجد محل يتعلق به الوجوب سوى رقبة العبد الجاني فانحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء، فإن رضي المالك ببذله جاز، وإلا فإنما له أقل الأمين من قيمة الجاني أو أرش جنايته فإنهما بدل لزم قبوله، والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه، وحقه هو أرش الجناية لا ملك رقبة العبد على الصحيح، فلا يتوجه المنع من التصرف فيه؛ لأن تسليمه إليه لم يتعين"[5].

٢-إنه حق يثبت بغير ضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته[6].

القول الثاني: إنه يقع موقوفاً على ر ضا م ستحقه، إن فداه الـ سيد نفذ وإلا فلا، وهو مذهب المالكية[7]، وقول مخرج للشافعية[8]، وقضية قول الحنفية بناء على التصرفات التي يتعلق بها حق الغير[9].

قالوا: ذلك لتعلق الجناية برقبة العبد الجاني، فإن شاء مستحق الجناية أمضى ذلك البيع، وأخذ الثمن، وإن شاء رده وأخذ العبد في الجناية[10].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء: (٣/ ١١٦)، وبدائع الصنائع: (٧/ ٢٦٠).

(٢) انظر: الكافي: (٢/ ٦)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٥٥-٢٥٤)، والمبدع: (٤/ ١١)، والإنصاف: (١١/ ٣٥-٣٤)، وقد جاء في الشرح الكبير: يصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين، وقد أطلق في المغني. والقواعد لابن رجب: ص(٨٣).

(٣) انظر: فتح العزيز: (٨/ ١٣٠-١٢٩)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣٥٧)، والقواعد للحصني: (٤/ ٦٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٩٥-٩٤).

(٤) انظر: المغني: (٦/ ٢٥٥).

(٥) كتاب القواعد لابن رجب: ص(٨٣).

(٦) انظر: المغني: (٦/ ٢٥٥)، والمبدع: (٤/ ١١).

(٧) انظر: الشرح الكبير: (٣/ ١٣)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ١٢).

(٨) حكى هذا القول صاحب التتمة، وهو ليس يكون مخرجاً على القول القديم في بيع الفضولي بل هو قول جديد مقول به مع القول ببطلان بيع الفضولي. انظر: فتح العزيز: (٨/ ١٢٩)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٦٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٩٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (٩/ ٢٣٩).

(٩) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٤٨٥)، ودرر الحكام: (١/ ٣٤١).

(١٠) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ١٢).

=

القول الثالث: لا يصح بيعه بل يقع باطلاً، وإن اختار السيد الفداء . وهو قول الإمام الشافعي وعليه المذهب(١)، ووجه عند الحنابلة عند عدم اختيار الفداء(٢)، اختاره أبو الخطاب(٣).

واستدلوا بأنه تعلق برقبته حق آدمي، فمنع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد؛ لأنها تقدم على حق المرتهن(٤).

ولأنه عقد وإن صدر من أهله غير أن فيه مانعاً يمنع نفوذه كتعلقه برقبة مورد العقد فلم يصح انعقاده مع المانع(٥).

الذي يظهر لي -بعد هذا البيان- هو صحة بيع العبد الجاني وذلك لقوة ما أخذ به أصحاب هذا القول، لأن حقه لا يتعين في رقبته، بل يملك السيد إبداله والفداء عنه ولذا إذا اختار الفداء صحّ(٦)، والله أعلم بالصواب.

وعلى هذا لو أعتق السيد الموسر هذا العبد الجاني قبل اختياره الفداء ففيه ثلاثة أقوال أيضاً، ولكن الأصح عند الشافعية هنا الصحة لقوة العتق(٧).

٥-ومنها: **تصرف المحجور عليه بالسفه:** فهل يتوقف الملك فيه على إجازة وليه أم يقع ذلك نافذاً؟ ويأتي بيان المسألة على النحو التالي:

١-أنه لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي كالبيع والشراء والإعتاق والكتابة والهبة والنكاح، وسواء اشترى بعين أو في الذمة(٨)، وهذه المسألة مبنية على تصرفات الصبي العاقل أي المميز اختلافاً

---

(١) انظر: فتح العزيز: (٨/ ١٢٩)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٦٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٩٤)، ولابن السبكي: (١/ ٢٣٩)،

وقد حكى البغوي خلافاً في المسألة فقال: إن اختار الفداء صحّ، انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٣٩).

(٢) انظر: المغني: (٦/ ٢٥٥)، والشرح الكبير: (١١/ ٣٥).

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٣٥).

(٤) انظر: المغني: (٦/ ٢٥٥-٢٥٤)، والشرح الكبير: (١١/ ٣٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٣٩).

(٦) انظر: القواعد لابن رجب: ص(٨٣)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٢٥٥).

(٧) انظر: كتاب القواعد للحصني: (٤/ ٦٦)، والمغني: (٦/ ٢٥٥).

(٨) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤١٩-٤١٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٦١١)، والإنصاف: (١١/ ٢٠).

=

وتفصيلاً[١]، فعلى هذا تصرفاته تقع موقوفة على إجازة وليه عند الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، وهذا إذا استقل السفيه بهذه التصرفات.

٢-أما إذا أذن ولي السفيه له في البيع والشراء فهل يصح منه أم لا؟

اتجاهان في المسألة لدى فقهاء الشافعية والحنابلة:

الأول: يصح منه تصرفه، وهو وجه عند الشافعية صححه الغزالي[٤]، ووجه لدى الحنابلة قدمه ابن قدامة في المغني[٥].

لأنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن كالنكاح، ولأنه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي[٦].

الثاني: لا يصح، وهو وجه عند الشافعية[٧]، قال النووي: وهو أصح عند الأكثرين[٨]، ووجه الحنابلة[٩].

لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة له فيه فلم يصح[١٠].

٣-وأما لو تزوج بنفسه فقد اتفق الفقهاء على صحة نكاحه[١١]، ولكنهم اختلفوا في اشتراط إذن الولي لصحته على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يشترط لصحة نكاحه إذن الولي، وهو مذهب الحنفية[١٢]، والمالكية[١٣]، وإليه ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب إن كان محتاجاً إلى الزواج[١٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١).

(٣) انظر: الشرح الكبير: (٢/ ٢٣١)، والفواكه الدواني: (٢/ ١١٠)، والقوانين الفقهية: ص(٢١١).

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤١٨)، وهذا إذ كان الإذن مقيداً أو معيناً، وأما إذا كان مطلقاً فهو لغو: عند الشافعية قولاً واحداً.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٦١٦) والإنصاف: (١٣/ ٣٩٦)، (١١/ ٢١)، قال في الإنصاف: فالصحيح من المذهب صحة تصرفه وهو الصواب.

(٦) انظر: المغني: (٦/ ٦١٦).

(٧) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤١٨).

(٨) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤١٨) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٦١٧)، والإنصاف: (١١/ ٢١).

(١٠) انظر: المغني: (٦/ ٦١٧).

(١١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١)، والشرح الكبير: (٢/ ٢٣١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤١٨)، والمغني: (٦/ ٦١٤).

(١٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١).

(١٣) انظر: الشرح الكبير: (٢/ ٢٣١)، والقوانين الفقهية: ص(٢١١).

(١٤) انظر: المغني: (٦/ ٦١٤)، والشرح الكبير: (١٣/ ٣٩٢)، والإنصاف: (١٣/ ٣٩٢)، واختار هذا القول القاضي بدون شرط =

واستدلوا بأنه عقد غير مالي، فصح منه كخلعه وطلاقه وإن لزم منه المال، فحصوله بطريق الضمن، فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق(١).

ولأنه مصلحة محضة، والنكاح لم يشرع لقصد المال، فالحجر هنا لم يمنع صحة التصرف(٢). ولأنه من الحوائج الأصلية للإنسان.

القول الثاني: لا يصح تزوجه بغير إذن وليه، يعني يشترط لصحة تصرفه بالنكاح إذن وليه، وهو مذهب الشافعية(٣)، وبه قال أبو ثور(٤)، وأبو الخطاب من الحنابلة(٥).

وذلك لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء(٦).

القول الثالث: يقع نكاح المحجور عليه بسفه موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل، ولا شيء للزوجة، ولا يثبت الملك إلا بعد الإجازة، وهذا مذهب المالكية(٧)، وهو موجب قول الحنفية في تصرفات الصبي العاقل(٨).

لأنه عقد معاوضة فلا يصح تصرفه بغير إذن وليه لسفهه كالبيع والشراء(٩).

الذي يظهر لي هو القول بصحة نكاحه سواء أذن له الولي أو لم يأذن له لأن النكاح من التصرفات النافعة له(١٠)، ولأن طبائع الإنسان تدعو إليه. والله أعلم.

٦-**ومنها: بيع رقبة المكاتب**: هل يتوقف الملك فيه على إجازته أم يجوز ذلك بغير إذنه كالقن؟ اختلف في المسألة على ثلاثة أقوال:

الحاجة إليه.

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٦١٤)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٣٩٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير: (١٣/ ٣٩٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤١٨)

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٦١٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٦١٤)، والشرح الكبير: (١٣/ ٣٩٢).

(٦) انظر: المغني: (٦/ ٦١٤).

(٧) انظر: القوانين الفقهية: ص(٢١١).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٧١).

(٩) انظر: المصدر السابق: (٧/ ١٧١).

(١٠) انظر: المصدر السابق.

=

القول الأول: يجوز بيع المكاتب، وعلى هذا يقوم مشتريه مقام المكاتب، والكتابة لا تنفسخ بالبيع، ولا يجوز إبطالها.

هذا مذهب الحنابلة[(١)]، وهو القول القديم للإمام الشافعي[(٢)] حكاه أبو ثور عنه .

واستدلوا بأدلة منها:

١-بحديث بريرة الطويل وفيه: فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال: «**لا يمنعك ذلك منها، ابتاعي وأعتقي، إنما الولاء لمن أعتق...**» إلى أن قال: «**من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق**»[(٣)] .

قال ابن المنذر: بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك، ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه. ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلا على عجزها"[(٤)].

اعترض على الاستدلال بحديث بريرة بما يأتي:

١-إن الكتابة غير لازمة من جهة المكاتب وإن كانت لازمة من جهة السيد، فصار مساومة بريرة لمواليها وهم آل المغيرة، في ابتياع نفسها فسخاً منها، كما لو باع بشرط الخيار ثم باع ما باعه كان بيعه الثاني فسخاً للأول.

كذلك يكون مساومة بريرة في نفسها وابتياعها فسخاً، وبيعها بعد فسخ الكتابة جائز[(٥)].

٢-ولأن النبي ﷺ أمر عائشة بعتقها، ولو بقيت الكتابة لعتقت بها، فلا معنى للعتق مرة أخرى[(٦)].

٣-أنه كانت قد عجزت عن نجوم الكتابة ففسخت عقد كتابتها[(٧)]، قال الشافعي في الأم[(٨)]: «وليس يحتمل أن يجوز بيع المكاتب والمكاتبة إن لم يعجزا، فلما لم أعلم مخالفاً في أن لا يباع المكاتب حتى يعجز أو يرضى بترك

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥)، والمحرر في الفقه: (٢/ ١٠)، والإنصاف: (١٩/ ٣٠٠)، قال في الإنصاف: وهو من مفردات المذهب.

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٨)، والأم: (٨/ ٧٥)، والمهذب: (٢/ ١٣)، (٢٥١-٢٥٠).

(٣) سبق تخريجه ص (٥١٤) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٩).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٩).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٦).

(٨) الأم: (٨/ ٧٥).

=

الكتابة لم يكن هذا معنى الحديث، لأني لم أجد حديثاً ثابتاً عن النبي ﷺ ومن عرفت من جميع الناس على خلافه» .

٤-ولأن الكتابة شرط للمكاتب على سيده، فمتى شاء المكاتب أبطل الكتابة لأنها وثيقة له لم تخرجه من ملك سيده، ولا تخرجه إلا بأدائها[١].

ولقائل أن يقول: قولها: أعينيني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية، فالعجز إنما يكون بمضي عامين أو بمضي عام، فالتأويل إلى أنها كانت قد عجزت، وفسخت كتابتها بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة[٢].

٢-ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه، فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة[٣]، والدليل على أنه مملوك قول النبي ﷺ : «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**»[٤].

٣-ولأنه يصح عتقه، ولا يصح عتق من ليس بمملوك، ويرجع عند العجز إلى كونه قناً، ولو صار حراً ما عاد إلى الرق، ويفارق اعتاقه؛ لأنه يزيل الرق بالكلية، وليس بعقد، إنما هو إسقاط للملك فيه[٥].

القول الثاني: لا يجوز بيعه، وهذا مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧] وهو القول الجديد للإمام الشافعي[٨]، ورواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب[٩].

واستدلوا بما يأتي:

---

(١) انظر: الأم: (٨/ ٧٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٨/ ٥٣٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٦).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٣٤٦) في باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته من كتاب العتق، والترمذي في سننه: (٥/ ٢٦٥) في باب: ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، من أبواب البيوع. وابن ماجه في سننه: (٢/ ٨٤٢) في باب المكاتب من كتاب العتق. والإمام أحمد في مسنده: (٢/ ١٧٨، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. والحديث حسن، انظر: إرواء الغليل: (٦/ ١١٩) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٧-٥٣٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ٣٠٣).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٥١) (٥/ ١٤١)، والهداية: (٣/ ٢٦٥).

(٧) انظر: المدونة الكبرى: (٧/ ٢٥٧)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٣٩).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٨)، والمهذب: (٢/ ١٣).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ٣٠١)، والإنصاف: (١٩/ ٣٠١-٣٠٠).

=

١-لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فمنع بيعه كبيعه لأجنبي وعتقه[١].

٢-ولأن السيد قد عاوض على رقبته بكتابته حتى زال ملكه عن أرش الجناية عليه، فوجب أن يكون ممنوعاً من بيعه كالعبد المبيع[٢].

٣-ولأن البيع إن توجه إلى نجوم الكتابة فهو باطل لكون عقداً على مجهول أو لجعله ولاءه لغير معتقه؛ لأن ملك السيد عليها غير مستقر، وإن توجه إلى الرقبة اقتضى أن تكون نجوم الكتابة للسيد البائع، لخروجها من البيع، وإن توجه إليها لم يجز؛ لأن مال العبد مملوك وهو لا يدخل في البيع، وما أفضى إلى هذا وجب أن يكون باطلاً[٣].

٤-ولأن بيعه لو صحّ لم يجز أن يعتق على مشتريه؛ لأن صفة عتقه متقدمة على ملكه، ولا على بائعه لزوال ملكه، وفي ثبوت عتقه بالأداء دليل على فساد بيعه المنافي لحكمه[٤].

٥-ولأن عتقه إذا نفذ بعد بيعه مفض إلى سقوط الولاء لمستحقه لأنه لايجوز أن يكون للبائع لزوال ملكه، ولا للمشتري؛ لأنه لم يعقد سبب عتقه وما أفضى إلى هذا فهو باطل[٥].

٦-ولأنه حر من وجه، فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد[٦].

القول الثالث: يجوز بيع المكاتب بإذنه، ولا يجوز بيعه بغير إذنه، وعلى هذا يتوقف الملك على إجازته إن لم يحصل الإذن مسبقاً.

وبه قال الزهري، وربيعة وأبو الزناد[٧]، وحكي ذلك عن أبي يوسف من الحنفية[٨].

١-لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها[٩].

٢-ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه، ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه[١٠].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (١٨/ ٢٤٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٩).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) وعلى هذا قال مالك: لا تباع رقبة المكاتب وإن رضي المكاتب بذلك. انظر: المدونة الكبرى (٧/ ٢٥٧)، والحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٩).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤١)

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥)، والحاوي الكبير: (١٨/ ٢٤٨).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٥١)، وكذلك الشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ٣٠١).

(٩) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٥١).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (١٤/ ٥٣٥)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٩/ ٣٠١).

=

٣-ولأن فيه إبطال حق المكاتب من غير رضاه، وهو حق الحرية، فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد، وإن رضي به المكاتب جاز، ويكون ذلك فسخاً للكتابة لأن امتناع الجواز كان لحق المكاتب، فإذا رضي زال المانع[1].

ولأنه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ، فيكون إقالة والكتابة تحتمل الإقالة[2]، والله أعلم بالصواب.

٧-**ومنها:** ملك المرهون إذا تصرف فيه الراهن بما يزيل الملك عنه، والمسألة تأتي على الترتيب المذيل:

أ-اتفق الفقهاء على أن الراهن إذا تصرف في المرهون بما يزيل الملك وينقل العين كالبيع والهبة ونحوهما بإذن المرتهن فإنه يصح منه، ويبطل الرهن، ويجوز للمرتهن أن يرجع في كل تصرف أذن فيه[3].

ب-اتفقوا أيضاً على أنه إذا تصرف في المرهون بما يزيل الملك غير الإعتاق مع المرتهن فإنه يصح منه، ويغلق الرهن[4].

جـ-واتفقوا أيضاً على أن الراهن ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن وهو الرهن عند غيره، ومن كل تصرف ينقص المرهون أو يقلل الرغبة فيه كالتزويج[5].

د-واتفقوا على أنه لا يمنع الراهن من إصلاح الرهن، ودفع الفساد عنه، ومداواته إن احتاج إليها، فإذا كان ماشية فاحتاجت إلى إطراق الفحل فللراهن ذلك؛ لأن فيه مصلحة الرهن وزيادته، وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر[6].

هـ-واختلفوا فيما إذا تصرف الراهن في المرهون مع غير المرتهن بغير إذنه بما يزيل الملك كالبيع والهبة والوقف غير الإعتاق هل يصح منه ذلك أم لا؟ على قولين:

القول الأول: إنه يقع بيع الراهن رهنه بغير إذن المرتهن موقوفاً على إجازته، فإن أجاز مرتهنه البيع أو قضى الراهن دينه نفذ البيع، وصار ثمنه رهناً وإن لم يشترط ذلك، وإن لم يجز المرتهن بيع الرهن وفسخ لم ينفسخ في

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٥١).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٤٧)، وفتح باب العناية: (٢/ ٤٨٥)، وشرح فتح القدير: (٧/ ٦٩)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٨٠)، والذخيرة: (٦/ ٤٧٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٧٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٣٠)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٠٢٣)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٣)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٤٢٣- ٤٢٤)، والإنصاف: (١٢/ ٤٢٤-٤٢٣).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: المصادر السابقة، وروضة الطالبين: (٣/ ٣١٦-٣١٥).

(٦) انظر: المصادر السابقة، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٤١٤).

=

الأصح، بل يبقى موقوفاً حتى لو افتكه الراهن كان للمشتري سبيل عليه، فإذا لم ينفسخ، وبقي موقوفاً صبر المشتري إلى فك الرهن ليسلم له المبيع ولم يثبت له الملك فيه. هذا مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2].

لأنه لا يجوز بيع أحد العاقدين بلا إذن صاحبه، أما المرتهن فلعدم ملكه، أما الراهن فلتعلق حق المرتهن بماليته[3].

وأما إذا أجازه المرتهن فإنه ينفذ؛ لأن المقتضي لنفاذه موجود، وهو التصرف الصادر عن الأهل في المحل وعدم نفاذه إنما هو لتعلق حق المرتهن بالرهين لاستيفاء دينه، وقد زال ذلك بإجازته[4].

القول الثاني: إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والإجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فإن تصرفه باطل، ولا يصح ذلك، وهذا مذهب الشافعية[5]، والحنابلة[6]، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن[7].

و-واتفقوا أيضاً على أنه لا يجوز للراهن عتق الرهن؛ لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة[8].

واتفقوا أيضاً فيما إذا تصرف الراهن بعتق المرهون بإذن المرتهن كما سبقت الإشارة إليه[9].

واختلفوا فيما إذا أعتق الراهن عبده المرهون أو أمته المرهونة بغير إذن مرتهنه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن أعتق نفذ إعتاقه سواء كان موسراً أو معسراً.

وهذا مذهب الحنفية[10]، وقول للشافعي[11]، ورواية عن الإمام أحمد وهي المنصوص عليها[12]، وبه قال:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٢٠٨) (٦/ ١٤٧)، وشرح فتح القدير: (٧/ ٦٩) وفتح باب العناية: (٢/ ٤٨٥).

(٢) انظر: الذخيرة: (٦/ ٤٧٥)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٨٠).

(٣) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٤٨٥).

(٤) انظر: المصدر السابق: (٢/ ٤٨٥)، والذخيرة: (٦/ ٤٧٥).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٧١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢١)، (٣/ ٣١٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٣٠).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٣)، والإنصاف: (١٢/ ٤١٧).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٣٠).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٥٩٠-٥٨١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣١٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٤١٥).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٣).

(١٠) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٤٧)، وفتح باب العناية: (٢/ ٤٨٦-٤٨٥).

(١١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٥٨)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣١٧).

(١٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٤١٥)، والإنصاف: (١٢/ ٤١٢-٤١١).

=

شريك والحسن بن صالح[١]، إلا أن الحنفية قالوا: إن أعتقها حال كونه معسراً سعىٰ العبد في أقل من قيمته ومن الدين وقضىٰ به الدين إن كان حالاً، ووضعه رهناً عنده إن كان مؤجلاً[٢].

واستدلوا بما يأتي:

١-إنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر[٣].

٢-إن الرهن يشتمل علىٰ حقين: حق ملك للراهن، وهو أقوىٰ وحق استيثاق للمرتهن وهو أضعفهما، فإذا تصرف الراهن بما ينفسخ به الرهن زال حق استيثاق المرتهن، ويثبت ما هو الأقوىٰ وينفذ ذلك[٤].

٣-لأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق، فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع، والعتق يخالف البيع؛ فإنه مبني علىٰ التغليب والسراية، وينفذ في ملك الغير، ويجوز عتق المبيع قبل قبضه... بخلاف البيع[٥].

القول الثاني: ينفذ إذا كان موسراً، ولا ينفذ إن كان معسراً، وهذا مذهب المالكية[٦]، وهو أظهر أقوال الشافعية، وعليه المذهب[٧]، وهي رواية عن الإمام أحمد ذكرها الشريف أبو جعفر[٨]، واستدلوا:

١-بأنه عتق يبطل حق غير المالك، ففرق فيه بين الموسر والمعسر كعتق الشريكين فإن أيسر ببعضهما عتق القدر الذي أيسر بقيمته، وإقدام الموسر علىٰ العتق جائز[٩].

٢-ولأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها، فلم ينفذ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن[١٠].

القول الثالث: لا ينفذ عتق الراهن مطلقاً، موسراً كان أو معسراً. وهو قول للشافعي[١١]، وبه قال عطاء، وعثمان البتي، وأبو ثور من فقهاء الأمصار[١٢].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢).

(٢) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٤٨٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٥٨).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢).

(٦) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٨١).

(٧) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣١٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٣٠).

(٨) انظر: المغني: (٦/ ٤٨٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٤١٥).

(٩) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ١٣٠)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣١٧)، والمغني: (٦/ ٤٨٢).

(١٠) انظر: المغني: (٦/ ٤٨٢).

(١١) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣١٧).

(١٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢)، والشرح الكبير: (١٢/ ٤١٥).

=

١-لأنه حجر على نفسه فلا ينفذ تصرفه[١].

٢-لأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع[٢].

٨-**ومنها:** لو باع رجل مال أبيه على ظن أنه حي، وهو فضولي فبان ميتاً حينئذ، وأنه ملك العاقد هل يثبت ذلك على أنه صحيح أم يقف على أنه تصرف فضولي أم يقع باطلاً؟

وجهان لفقهاء الشافعية في المسألة[٣]: أظهرهما أن البيع صحيح، وعليه يثبت الملك من حين العقد، وذلك لصدوره من مالك.

قال الزركشي: هذا وقف تبين بمعنى أن العقد فيه صحيح، فهو وقف على ظهور أمر كان عند العقد والملك فيه من حين العقد، ولا خيار فيه[٤].

والثاني: باطل، لأنه في معنى المعلق بموته، ولأنه كالغائب[٥].

٩-**ومنها:** ملك المشتري في المبيع في مدة الخيار، هل يكون موقوفاً على الإمضاء أم ينتقل إليه بنفس العقد؟ اختلفوا في المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: إن الملك في بيع الخيار ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أو أيهما كان. وعلى هذا المشتري يملك المبيع بنفس العقد، ولا يتوقف ملكه في المبيع على انقضاء الخيار ولكن لا يستقر ملكه إلا بقطع الخيار، فيكون الملك حاصلاً بالعقد وحده، واستقرار الملك يكون موقوفاً على قطع الخيار. وإذا ثبت الملك في المبيع للمشتري ثبت في الثمن.

وهذا أحد أقوال الشافعي وهو أصحها[٦]، وأظهر الروايتين عن الإمام أحمد[٧]، وهو المذهب عند فقهاء

---

(١) انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٣١٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٤٨٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٢٣).

(٤) المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٣٤١).

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٢٢)، والمنثور للزركشي: (٣/ ٣٤١)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٧)، والشرح الكبير للرافعي: (٨/ ١٢١-١٢٤)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٤٢).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ١١٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨)، قال الماوردي: وهو أصح الأقاويل وفي المنهاج خلاف ذلك.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٠)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٣٠٢).

=

الحنابلة[١]، وقول أبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية إذا كان الخيار للمشتري وحده[٢].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا**»[٣].

وجه الدلالة أنه ﷺ سماهما متبايعين، فدلّ على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك[٤].

٢-وبحديث عبد الله بن عمر أيضاً. أن رسول الله ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[٥].

٣-وبحديث ابن عمر أيضاً: «**من ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**»[٦].

وجه الدلالة منهما أنه جعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع[٧].

٤-إن الخيار نوعان: خيار عقد، وخيار عيب، فلما لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك[٨].

٥-إن الأملاك تستفاد بأحد وجهين بقول وبفعل، فلما كان ما يملك بالفعل كالاصطياد والأحتشاش لا يكون مرور الزمان أيضاً مؤثراً في تملكه، وجب أن يكون ما يملك بالقول كالبيع والهبة لا يكون مررو الزمان أيضاً مؤثراً في تملكه[٩].

٦-ولأنه بيع صحيح، فينقل الملك عقيبه كالذي ليس فيه خيار[١٠].

٧-ولأن البيع تمليك عند الفقهاء بدليل قوله: ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع، يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشترى، ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره، وقضى بصحته، فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٣٠٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٤).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٨٤)، في باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز البيع من كتاب البيوع.

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٧).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص(١٥٤) .

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧٣)، في باب من باع نخلاً عليها ثمر من كتاب البيوع برقم: (٣٨٨٢).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢١).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٧).

(٩) انظر: المصدر السابق.

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢١).

ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً[١].

القول الثاني: إن الملك لا يثبت للمشتري، ولا ينتقل إليه حتى ينقضي الخيار، فالمشتري لا يملك المبيع إلا بالعقد وقطع الخيار، فيكون ملكه موقوفاً على قطع خياره ولا يستقر الملك له إلا بعد انبرام العقد وقطع الخيار جميعاً.

هذا مذهب المالكية[٢]، وأحد أقوال الإمام الشافعي[٣]، والرواية الثانية عن الإمام أحمد[٤]، وهو قول الإمام أبي حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع[٥].

وعلى هذا القول يكون الملك في المبيع للبائع، وكذلك لا يثبت له الملك في الثمن[٦]، واستدلوا بما يأتي:

١-الاستصحاب في ملك البائع، فإن الأصل بقاؤه حتى يثبت له الناقل[٧].

٢- حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**كل بيّعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار**[٨] **أو يقول أحدهما لصاحبه اختر**»[٩].

وجه الدلالة منه: أنه ﷺ نفى البيع قبل الافتراق، فدل على أن الملك يحصل بالافتراق، وكذلك انقضاء الخيار[١٠].

٣-ولأن العقد إنما ينقل الملك بالرضا من الطرفين، ولم يحصل الرضا حتى يحصل الإمضاء فلا ينتقل

(١) انظر: المصدر السابق: (٦/ ٢٢-٢١).

(٢) انظر: الذخيرة: (٤/ ٢٦١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٣٧-٣٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ١١٢)، والحاوي الكبير: (٥/ ٤٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢١-٢٠)، والإنصاف: (١١/ ٣٠٣-٣٠٢).

(٥) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٤-٢٨٣)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٦٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ١١٢).

(٧) انظر: الذخيرة: (٤/ ٢٦١).

(٨) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٨٤)، في باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع من كتاب البيوع، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١١٧٣)، في باب ثبوت خيار المجلس من كتاب البيوع.

(٩) أبو داود في سننه: (٢/ ٢٤٥)، في باب خيار المتبايعين من كتاب البيوع بزيادة: أو يقول أحدهما لصاحبه:اختر.الحديث صححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم (٢١٨١).

(١٠) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٨).

=

الملك[١].

٤-ولأن تمام هذا السبب -الذي هو البيع- بالمراضاة لقوله تعالى: ﴿ڤ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ﴾[٢]، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع؛ لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه، فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري، ولا يملك المشتري التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع[٣].

٥-إن حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرف دلّ على أن الملك غير منتقل[٤].

ولقائل أن يقول: امتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك كالرهون والمبيع قبل القبض[٥].

القول الثالث: إن كان الخيار للبائع، فملك المبيع له، وإن كان للمشتري فله، وإن كان لهما فإن ملك المشتري للمبيع موقوف مراعى فإن انقطع الخيار بعد العقد عن تراض منهما به، بَان أن المشتري كان مالكاً للمبيع بنفس العقد وإن نقض الخيار عن فسخ بان أن المبيع لم يزل عن ملك البائع، وأن المشتري لم يكن مالكاً له.

هذا أحد أقوال الإمام الشافعي[٦].

ووجه هذا القول أن العقد يثبت الملك، والخيار ينفي الملك، والأمر متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك بقطع الخيار عن تراض، وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل تقضي الخيار، فصار كالقبض الذي يقتضيه العقد، ويقف تصحيحه عليه، فإن أقبضه بَان صحة العقد، وإن تلف بَان فساد العقد، فكذا يجب أن يكون حال الخيار، فإن تقضى عن تراض بَان صحة العقد وانتقال الملك، وإن تقضى عن فسخ بان بطلان العقد وإن الملك لم ينتقل به[٧].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٤/ ٢٦١).

(٢) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٣)

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٨).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ١١٣-١١٢)، والحاوي الكبير: (٥/ ٤٨-٤٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٨)، وفي المنهاج هذا هو الأظهر عند الشافعية.

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٥/ ٤٨).

=

ولأنه ليس أحد الجانبين أولىٰ من لآخر، فالتوقف هنا أولىٰ[١].

القول الرابع: إن الملك يخرج من البائع، ولا يدخل إلىٰ المشتري.

وهو قول بعض الحنابلة[٢]، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار للمشتري[٣].

١-لأنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا: إنه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان: الثمن والمبيع في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيتهما[٤].

ويرد علىٰ هذا أنه لما خرج عن ملك البائع، لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلىٰ ملك مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة[٥]، وهذا يفضي إلىٰ وجود ملك لا مالك له وهو محال، كما أنه يفضي إلىٰ ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري أو إلىٰ نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبىٰ ذلك[٦].

٢-ولأن خيار المشتري شرع نظراً له ليتروىٰ، فيقف علىٰ المصلحة في رأيه، ولو أثبتنا الملك له بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده، إذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق من غير اختياره، فيعود شرع الخيار علىٰ موضوعه بالنقض إذا كان مفوتاً للنظر، وذلك لا يجوز[٧].

لعل القول بأن الملك يتوقف حتىٰ ينقضي- الخيار يحقق المعنىٰ الذي لأجله شرع الخيار للمتعاقدين، وإلا فلا معنىٰ للخيار إذا ثبت الملك بمجرد العقد ولأن ملك المشتري في المبيع وإن ثبت علىٰ القول بأنه ينتقل إليه بنفس العقد لا يفيد مقتضاه وهو التصرف فيه لأنه يكون موقوفاً علىٰ إجازة البائع لتعلق حقه به[٨]، فلا ينفذ تصرفه وإلا انبنىٰ الحكم علىٰ تصرف الفضولي[٩]. والله أعلم بالصواب وإليه المآب.

---

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤٨).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١١/ ٣٠٣).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٤).

(٤) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٥-٢٨٤).

(٥) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٥-٢٨٤).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٢).

(٧) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٢٨٥).

(٨) انظر: الذخيرة: (٤/ ٢٦١).

(٩) انظر: مغني المحتاج: (٥/ ٤٨).

=

١٠-**ومنها**: الملك في بيع الهازل هل يثبت أم يتوقف على إجازتهما أم العقد باطل لا تلحقه الإجازة؟ اختلف على قولين:

القول الأول: إن بيع الهازل يصح، وهو بيع منعقد تلحقه الإجازة منهما وهو أصح الوجهين عند الشافعية(١)، ووجه عند الحنابلة، اختاره أبو الخطاب(٢) منهم، وقول لبعض الحنفية ذكره السرخسي في المبسوط(٣).

جاء في المبسوط(٤) ما مفاده: ثم قال أحدهما: قد أجزت البيع لم يجز على صاحبه، لأن ذلك بمنزلة اشتراط الخيار فالمجيز يكون مسقطاً لخياره، فإن قال صاحبه: قد أجزت أنا أيضاً فالبيع جائز، لأنهما أسقطا خيارهما، لأن البيع كان هزلاً منهما، ولم يكن مفيداً حكمه لانعدام الاختيار منهما للحكم، وقد اختارا ذلك... وهذا لأن الحكم وهو الملك غير ثابت لعدم اختيارهما للحكم بالقصد إلى الهزل فتوقف الحكم على اختيارهما له.

وبهذا الفصل يتبين أن بيع الهازل منعقد تلحقه الإجازة منهما؛ لأنه لو كان ينعدم بالهزل اختيار أصل السبب لما صح النكاح والطلاق والعتاق عن الهازل، وأصل السبب لابد من اعتباره في هذه الأشياء(٥)، وذلك لأن الهزل بمنزلة شرط الخيار(٦).

ولأن الاتفاق السابق يكون ملغياً إذا حصل الاتفاق عند العقد، وكذلك الهزل لا اعتبار له بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بلا شرط صح العقد(٧).

القول الثاني: إن بيع الهازل باطل لا ينعقد، ولا يصح نفاذه، ولا تلحقه الإجازة، وهو المشهور في مذهب الحنفية(٨)، والمالكية(٩)، والوجه المعتمد عند الحنابلة(١٠)، ووجه عند الشافعية(١١).

---

(١) انظر: المجموع: (٩/ ٣٣٤)، وخبايا الزوايا: (١/ ١٨٦)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٣).

(٢) انظر: الإنصاف: (٤/ ٢٦٦)، والفروع: (٢/ ٤٥٢).

(٣) انظر: المبسوط: (٢٤/ ١٢٤).

(٤) المبسوط للسرخسي: (٢٤/ ١٢٤).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٤/ ١٢٤).

(٦) انظر: المصدر السابق.

(٧) انظر: المجموع للنووي: (٩/ ٣٣٤).

(٨) بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٦)، والمبسوط: (٢٤/ ٥٥)، (٢٤/ ١٢٤).

(٩) حاشية الدسوقي: (٢/ ٣٥١).

(١٠) انظر: الإنصاف: (٤/ ٢٦٦)، والمغني: (٦/ ٣٠٨)، والفروع: (٢/ ٤٥٢)، وكشاف القناع: (٣/ ١٥٠).

(١١) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٢٣).

=

لأن الهازل غير راض بأصل البيع؛ لأن البيع اسم للجد الذي له في الشرع حكم، والهزل ضد الجد، فإذا تصادقا على أنهما لم يباشرا ما هو سبب الملك لا ينعقد البيع بينهما موجباً للملك(١).

ولأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته، فلم يوجد الرضا بالبيع، فلا يصح(٢). والله أعلم بالصواب.

١١-**ومنها: تصرف المفلس في** ماله ثم يفك عنه الحجر، وهو باق على ملكه أو يفضل عن الغرماء هل يصح بيعه أم يقع موقوفاً على الفك؟ للمسألة طرفان:

أولاً: أن يتصرف المفلس في عين ماله بعد أن يحجر عليه ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأةً مالاً له، أو نحو ذلك. اختلف فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح تصرفه في عين ماله.

وهذا مذهب المالكية(٣)، وهو أصح القولين عند الشافعية(٤)، والمذهب عند الحنابلة(٥)، واستدلوا بما يلي:

١-إنه محجور عليه بحكم حاكم، فلم يصح تصرفه كالسفيه(٦).

٢-ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها(٧).

القول الثاني: يقف تصرفه، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء للغرماء نفذ وإلا بطل. وهذا قول للشافعي(٨).

هذا إذا تصرف بغير العتق، وأما إذا تصرف بالعتق فهل يصح ذلك أم لا؟ ثلاثة أقوال عند الفقهاء:

الأول: أنه يصح عتقه، وينفذ، وهي رواية عن الإمام أحمد اختارها أبو بكر(٩)، وبه قال إسحاق(١٠).

قالوا: لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر، وفارق سائر التصرفات لأن للعتق تغليباً وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير بخلاف غيره(١١).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٤/ ٥٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٧٦).

(٣) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٨٨).

(٤) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٣٤٣-٣٤٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٢٤٠)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣٦٧).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١)، والإنصاف: (١٣/ ٢٥٠).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١).

(٨) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣٦٧-٣٦٦)، والمنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٣٤٣)، وقال الزركشي: وعلى هذا فهو وقف تبيين.

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٥٠-٢٤٩)، والإنصاف للمرداوي: (١٣/ ٢٥٠).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧٢).

(١١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٥٠).

=

الثاني: لا يصح، ولا ينفذ عتقه، وهذا مذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، ورواية عن الإمام أحمد[٣]، وعليها المذهب، واختارها أبو الخطاب، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري من الفقهاء .

لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله[٤].

الثالث: إنه موقوف على فك الحجر، وهو قول للشافعي[٥]، والله أعلم . هذا كله إذا تصرف في عين ماله.

ثانياً: أن يتصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو إقرار أو نحو ذلك هل يصح تصرفه أم لا؟

يصح تصرفه على قول عامة الفقهاء[٦]. لأنه أهل للتصرف، وإنما وجد في حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته، ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء، لأنهم رضوا بذلك، وإذا علموا أنه مفلس، وعاملوه، ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك، فإن هذا في مظنة الشهرة، ويتبع بها بعد فك الحجر عنه[٧].

ويحتمل عند بعض فقهاء الحنابلة أن يتوجه عدم صحة تصرفه في ذمته بناء على رواية تحكي عدم صحة ضمانه[٨].

هذا كله إذا كان تصرفه بعد حجر الحاكم عليه.

وأما تصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والإقرار وقضاء بعض الغرماء وغير ذلك عند عامة الفقهاء[٩].

قال المقدسي: «ولا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر، فلا يتقدم سببه، ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه أشبه المليء»[١٠].

---

(١) انظر: جواهل الإكليل: (٢/ ٨٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣٦٦).

(٣) انظر: المرجع السابق .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٣٦٦).

(٦) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٨٨) وحاشية الدسوقي: (٣/ ٢٦٥)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣٦٦) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٥١)، والمبسوط للسرخسي: (٢٠/ ١١٠).

(٧) انظر: الغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧٢-٥٧١).

(٨) انظر: الفروع: (٤/ ١٧٩)، والإنصاف: (١٣/ ٢٥٢).

(٩) انظر: المبسوط: (٢٠/ ١١٠)، وبدائع الصنائع: (٤/ ١٣٥،٨٩)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٨٨)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٢٦٥)، وروضة الطالبين: (٣/ ٣٦٦) وما بعدها، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٤٦)، والإنصاف: (١٣/ ٢٤٨).

(١٠) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٤٦)، وكذلك المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٧١).

=

وقيل: لا ينفذ تصرفه، ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية وحكاه رواية[1]، واختاره هو وابن رجب[2]، وقال: المفلس إذا طلب البائع منه سلعته التي يرجع بها قبل الحجر لم ينفذ تصرفه، نص عليه"[3]، قال المرداوي: هذا القول هو الصواب، خصوصاً وقد كثرت حيل الناس[4].

١٢-ومنها: تصرفات الغاصب في المال المغصوب: هل تقع صحيحة أم موقوفة على إجازة المغصوب منه صاحب المال؟ يأتي بيان المسألة على الوجه التالي:

أولاً: تصرفات الغاصب ينقسم إلى قسمين[5]:

١-تصرفات الغاصب الحكمية. وهي التي يحكم عليها بصحة أو فساد[6].

٢-تصرفات غير الحكمية: وهي التصرفات التي ليس لها حكم من صحة وفساد[7]، ويمكن أن يعبر عنها بالتصرفات الفعلية وهي التي عليها الإتلاف أو الفوات من الغاصب.

قال ابن نصر الله[8]: الحكمية احتراز من التصرفات الصورية، فالحكمية ما له حكم من صحة وفساد كالبيع والهبة والوقف ونحوه، والصورية كطحن الحب، ونسج الغزل، ونجر الخشب ونحوه[9].

ثانياً: تصرفات الغاصب الحكمية هل تقع صحيحة أم لا؟ اختلفوا في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن تصرفات الغاصب الحكمية تقع صحيحة، وتكون موقوفة على إجازة المالك وعلى هذا يتوقف الملك فيه على الإجازة.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٢٩/ ٥٤١).

(٢) انظر: القواعد لابن رجب: ص(٨٣-٨٢)، والإنصاف: (١٣/ ٢٤٨).

(٣) القواعد لابن رجب: ص(٨٢)، قاعدة رقم: (٥٣) .

(٤) الإنصاف: (١٣/ ٢٤٨).

(٥) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٥/ ٢٨١) وما بعدها، والإنصاف: (١٥/ ٢٨١).

(٦) انظر: الإنصاف: (١٥/ ٢٨٦).

(٧) انظر: المصدر السابق.

(٨) هو أحمد بن نصر الله بن أحمد البغدادي ثم المصري، محب الدين أبو الفضل، ولد سنة (٧٦٥)هـ، ورحل إلى مصر والشام . وانتهت إليه مشيخة الحنابلة . توفي (٨٤٤)هـ .

انظر: الضوء اللامع: (١/ ٢٣٩-٢٣٣)، وشذرات الذهب: (٧/ ٢٥٠) .

(٩) انظر: الإنصاف: (١٥/ ٢٨٦).

وهذا مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والقول القديم للشافعي[٣]، ورواية عن الإمام أحمد[٤].

لأن تصرفات الغاصب في المغصوب كتصرفات الفضولي، وهو يتصرف في ملك غيره لغير إذنه.

القول الثاني: أن تصرفاته تقع صحيحة وهي رواية عن الإمام أحمد ذكرها أبو الخطاب[٥].

قال ابن قدامة: وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما اختاره المالك إبطاله، وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً"[٦].

ووجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك، والعوض بنمائه وزيادته له، والحكم ببطلانه يمنع ذلك[٧].

قالوا: إنما أجيز بذلك لعسر تتبعها بالنقض[٨]، والله أعلم.

القول الثالث: أن تصرفاته كلها باطلة، وهذا القول الجديد للشافعي وعليه مذهب الشافعية[٩]، ورواية عن الإمام أحمد، وعليها المذهب[١٠].

وذلك لأنه ممنوع من كل تصرف فيها[١١].

لعل الظاهر هو القول بوقف تصرفاته على إجازة المالك، للأصل الذي بين أيدينا، ولأنه تصرف في مال غيره بغير إذنه، فإذا حصل الإذن بطل ذلك المانع الذي لأجله كان ممنوعاً من التصرف. والله أعلم بالصواب.

١٣-**ومنها**: تصرفات الوكيل إذا خالف فيها موكله، ويأتي تفصيل المسألة على النحو التالي:

أولاً: التوكيل بالبيع، هذا لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون مقيداً، فإن كان مقيداً بأن وكله في بيع

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤٧).

(٢) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٤٩-١٤٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ١٤٦)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٠)- (٢٦)، والمنثور في القواعد: (٣/ ٣٤١).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩٩)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٥/ ٢٨٢)، والإنصاف: (١٥/ ٢٨٣-٢٨٢).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩٩)، والإنصاف: (١٥/ ٢٨٣).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩٩).

(٧) انظر: المصدر السابق، والشرح الكبير: (٥/ ٢٨٢).

(٨) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦١).

(٩) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٠).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٩٩)، والإنصاف: (١٥/ ٢٨٢-٢٨١).

(١١) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٠).

=

عبد أو حيوان أو عقار ونحوه[١]، أو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد فإنه يراعى فيه القيد بالإجماع[٢]، حتى إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل.

وذلك لأن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فاختص بما أذن فيه.

ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده.

لأنه لم يتناوله إذنه نطقاً ولا عرفاً، فلو قال له: بع ثوبي غداً، لم يجز بيعه اليوم، ولا بعد غد، وإن عين له المكان، وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق، وكان ذلك السوق معروفاً بجودة النقد أو كثرة الثمن، أو حله، أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيد الإذن به[٣].

ولكن هل يتوقف العقد على إجازة الموكل أم لا؟ خلاف انبنى على الأصل المذكور[٤].

جاء في روضة الطالبين: «يصح كل ذلك موقوفاً على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي...»[٥].

فيتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافه إلى خير بأن قال: بع سيارتي هذه بثلاثين ألفٍ فباعه بأكثر من ثلاثين ألف، نفذ بيعه لأنه خلاف إلى خير[٦]، لأنه إن كان خلافاً صورة فهو وفاق معنى؛ لأنه آمر به دلالة، فكان متصرفاً بتولية الموكل[٧].

وكذلك لو وكله في بيع سلعة نسيئة أو عين له ثمنها، فباعها نقداً بما تساوي نسيئة، أو باعها نقداً يصح بيعه لأنه زاده خيراً. فكان مأذوناً فيه عرفاً، فأشبه ما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها[٨].

ذكر ابن قدامة احتمالاً في عدم صحة البيع بناء على أصل وهو أن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر، فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة، ومتى كان في

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٣٦)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٣) وما بعدها .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٤-٢٤٣).

(٥) روضة الطالبين: (٣/ ٥٣٧).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٦).

=

المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته، ولا ثبوت الحكم في غيره[١].

وإن كان الخلاف إلى شر، بأن قال: بع هذه السيارة بثلاثين ألفاً فباعها بعشرين ألفاً، أو قال: بعها نقداً فباعها نسيئة أو نحو ذلك لا ينفذ تصرفه؛ لأن أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس، فكان هذا في معنى الخلاف إلى شر[٢].

أما إذا كان التوكيل بالبيع مطلقاً: بأن قال: بع هذه السيارة أو قال: وكلتك لبيع هذه الأعيان فخالفه الوكيل بأن باعه بدون ثمن المثل، أو دون ما قدره له أو نحو ذلك بأي ثمن كان يصح بيعه، ويتوقف على إجازة الموكل عند الإمام أبي حنيفة[٣]، وهو قول لأصحاب الشافعي[٤].

ثانياً: التوكيل بالشراء لا يخلو إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون مقيداً.

فإن كان مقيداً يراعى فيه القيد إجماعاً[٥]. سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن.

مثال الأول: إذا قال اشتر لي جارية تخدمني، ومثال الثاني: لو قال: اشتر لي جارية بألف درهم، فخالف الوكيل موكله في الشراء واشترى غير ما أمره بشرائه، فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو اشترى جارية بأكثر من الألف هل ينفذ ذلك على الموكل أم لا ينفذ عليه بل ينفذ على الوكيل؟

وأما إذا كان مطلقاً، بأن قال: اشتر لي جارية، وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به[٦].

والتوكيل بالشراء سواء كان مطلقاً أو مقيداً لا يخلو من وجهين:

الأول: أن يخالف الوكيل موكله في الشراء، فيشتري غير ما أمر بشرائه بثمن في ذمته فإن الشراء صحيح، ويقف على إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه، وعليه الثمن، وإن لم يقبل لزم الوكيل[٧]، وهو قول الجمهور[٨]،

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٣٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩)، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٤٢-٥٤١، ٥٥٣)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٦-٢٤٥) (٦/ ٢٩٤)، والإنصاف: (١٣/ ٥١٧).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩).

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩) وما بعدها، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٥٣) وما بعدها، والمغني: (٦/ ٢٩٥-٢٩٤)، (٧/ ٢٤١).

(٨) انظر: المراجع السابقة.

=

لأنه إنما اشترىٰ بثمن في ذمته، وليس ذلك ملكاً لغيره[١]، ولأنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره[٢].

ولأن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف علىٰ إجازة الموكل والفرق بينهما أن الوكيل بالشراء متهم، لأنه يملك الشراء لنفسه، فأمكن تنفيذه عليه حتىٰ إنه لو كان صبياً محجوراً، أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه، بل يتوقف علىٰ إجازة الموكل؛ لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما، فلا يمكن التنفيذ عليهما، فتوقف.

ومعنىٰ التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف علىٰ الإجازة[٣]، وفي وجه للشافعية لا يصح شراؤه[٤]، لأنه عقده علىٰ أنه للموكل، ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترىٰ بعين ماله[٥].

وإذا ثبت هذا فالشراء يلزم المشتري أم يقف علىٰ إجازة الموكل؟ اختلفوا في المسألة علىٰ قولين:

القول الأول: الشراء لازم للمشتري، وهو مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، ورواية عن الإمام أحمد[٨]، ووجه للشافعية[٩].

لأنه اشترىٰ في ذمته، بغير إذن غيره، فكان الشراء له، كما لو لم ينو غيره[١٠].

القول الثاني: أنه يقف علىٰ إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه؛ لأنه اشترىٰ به وقد أجاز فلزمه، كما لو اشترىٰ بإذنه، وإن لم يجزه لزم الوكيل؛ لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل؛ لأنه لم يأذن في شرائه، ولزم الوكيل؛ لأن الشراء صدر منه، ولم يثبت لغيره، فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه، وهذا وجه للشافعية[١١]، ورواية عن الإمام

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩/ ٣٠١).

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٤)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩) وما بعدها .

(٧) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٣٨٢)، ومواهب الجليل: (٥/ ١٩٦).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١)، والإنصاف: (١٣/ ٥١٧).

(٩) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٤).

(١٠) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٣).

(١١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١) وبدائع الصنائع: (٦/ ٣١).

=

أحمد(١).

وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه، سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له، أو لم يكن وكيلاً له(٢)، وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا؟ لأن الثمن هو الذي في الذمة، والذي نقده عوضه(٣).

الثاني: أن يشتري بعين مال الموكل، ويخالفه فيما أمره بشرائه.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يصح شراؤه، ويقف على إجازة المالك، فإن لم يجزه بطل وإن أجازه صحّ، وهذا مذهب الحنفية(٤)، والمالكية(٥)، وقول للشافعية(٦)، ورواية عن الإمام أحمد(٧).

لأنه لما اشتراه بعين من أعيان ماله، فقد باع العين، والبيع يقف على إجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً، فأما إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن(٨).

ولأنه الأصل الذي بين أيدينا، وهو يحكم عليه.

ولأنه تصرف له بخير فصح، ووقف على الإجازة كالوصية بالزائد على الثلث(٩).

القول الثاني: أن البيع باطل، وهو مذهب الشافعية(١٠)، والحنابلة(١١)، لأنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كما لو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازه(١٢).

وعلى هذا إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه هل يثبت الملك للموكل مباشرة بحيث ينتقل الملك من البائع

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١) (٦/ ٢٩٥)، والإنصاف: (١٣/ ٥١٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٥٣).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٩٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٣٨٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٤).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١)، والإنصاف: (١٣/ ٥٥١).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٩).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٢).

(١٠) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٣).

(١١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤١)، والإنصاف: (١٣/ ٥٠٩).

(١٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٢).

إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل أم إنه يثبت الملك للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل؟[١].

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يدخل في ملك الوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل.

وهو مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، وأحد الوجهين للشافعية[٤].

١-لأن الخطاب جرى معه، وأحكام العقد تتعلق به[٥].

٢-ولأن الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه كما إذا تولى الموكل بنفسه، فكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً؛ لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله له بأمره، وإنابته، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر[٦].

٣-ولأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل[٧].

القول الثاني: إنه ينتقل الملك من البائع إلى الموكل مباشرة، ولم يدخل في ملك الوكيل، وهذا مذهب الحنابلة[٨]، والشافعية[٩].

١-لأنه قبل عقداً لغيره صحّ له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي[١٠].

٢-ولأن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل، وتصرف النائب تصرف المنوب عنه، لأن حكم تصرفه يقع للموكل، فكذا حقوقه، لأن الحقوق تابعة للحكم، والحكم هو المتبوع، فإذا كان الأصل له، فكذا التابع[١١].

---

(١) انظر: تفصيل المسألة في بدائع الصنائع: (٦/ ٣٣)، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٥٥)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٢٥٥-٢٥٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٣٣).

(٣) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٢٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٥).

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٣٤-٣٣).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٥٤).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٥٤).

(٩) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٥)، قال النووي: والصحيح: أنه يقع أولاً للموكل.

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٥٤).

(١١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٣٣).

٣-ولأنه لو لو وقع للوكيل لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله، فلا يعتق قطعاً[١]. والله أعلم بالصواب.

١٤-**ومنها:** تصرفات المريض[٢] بالمحاباة[٣] فيما يزيد على قدر الثلث، وهي على أقسام:

أولاً: المحاباة في البيع والشراء.

١-اتفق الفقهاء[٤] على أن المريض إذا باع شيئاً من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل أو بما يتغابن الناس بمثله فبيعه صحيح نافذ على الثمن المسمى، ولا يحتاج نفاذه إلى إجازة أحد غيره؛ لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته.

٢-وأما إذا باعه مع المحاباة فهل يمنع ذلك صحة العقد أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: أنه إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبي، وحاباه في البيع فإنه لا يمنع صحة العقد، بل عقده صحيح. وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨].

---

(١) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٥٥٥).

(٢) المقصود بالمريض هو المريض الذي في مرض موته، والضابط في ذلك كما ذكر أصحاب المجلة: المادة: مرض الموت: هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن.

وقال النووي: المرض المخوف والمخيف: هو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به، فمن قال:مخوف، قال: لأنه يخاف منه الموت، ومن قال مخيف قال: لأنه يخيف من رآه.

انظر: مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٨٨٧) المادة رقم: (١٥٩٥)، روضة الطالبين: (٦/ ١٢٣) وفتح الوهاب: (٢/ ٢٦).

(٣) المحاباة: مفاعلة من حابى يحابي، فاعل من الحِبَاء: العطية، فمتى باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه فقد حابى بالقدر الزائد، وهو من قولهم: حَبَاه يحبوه حبواً حِباء إذا أعطاه، فليس له أن يعطي؛ لأنه تبرع، ولا يتبرع بمال غيره، وفي معناه: البيع بدون القيمة والشراء بأكثر منها، لأنه عطية في المعني.

انظر: المصباح المنير: ص (٤٦)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص(٣٠٧، ٣١١).

قال ابن قدامة: المحاباة: أن يعاوض بماله، ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه. المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٩٨).

(٤) انظر: المبسوط: (٢٣/ ١٣٥)، وكشف الأسرار: (٤/ ١٤٢٩)، والأم: (٤/ ٣٠)، والمغني: (٨/ ٤٩٨).

(٥) انظر: المبسوط: (١٤/ ٧٤) (٢٣/ ١٣٥)، وبدائع الصنائع: (٧/ ٣٧٥)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١١٢).

(٦) انظر: الكافي لابن عبد البر: (١/ ٣٦٠)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٣٠٧)، والقوانين الفقهية: ص(٢١٢).

(٧) انظر: المهذب: (١/ ٣٧٩)، وروضة الطالبين: (٥/ ٢٣٦).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٩٨)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٢ وما بعدها، والإنصاف: (١٧/ ١٤٠).

=

واستدلوا بما يأتي:

١-بعموم قوله تعالى: ﴿ٹ ٹ﴾[١] .

٢-ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصحّ كغير المريض[٢].

القول الثاني: إن العقد باطل، وهو قول أهل الظاهر[٣].

وعلى هذا إن كانت المحاباة بحيث يحملها الثلث، فإن البيع صحيح ونافذ على البدل المسمى؛ لأن المريض له أن يتبرع لغير وارثه بثلث ماله، ويكون هذا التبرع نافذاً وإن لم يجزه الورثة.

وأما إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث ماله بأن لو كان له عبد قيمته ثلاثون ولا يملك غيره، فباعه بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجازها الورثة نفذت، لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه، وإن لم يجيزوها فإن لم يكن البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية، وزادت المحاباة على الثلث، ولم يجزها الورثة فيخير المشتري بين أن يدفع للورثة قيمة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين وبين أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلى الورثة، ويأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكناً[٤].

وأما إذا تعذر الفسخ كما إذا هلك المبيع تحت يده، أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة.

وأما إذا كان البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية غير النقدين، وكانت المحاباة بأكثر من ثلث ماله، ولم يجزها الورثة، فليس للورثة أن يلزموا المشتري بأن يدفع لهم الزائد على الثلث أو يفسخ البيع؛ لأن هذا يؤدي إلى ربا الفضل، لهذا ينسب الثلث إلى المحاباة، ويصح البيع بقدر النسبة ويبطل فيما عداها.

والمشتري بالخيار بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه، وبين الرضا بالبيع في القدر الباقي.

وعلى هذا إن تصرفات المريض في مرض موته فيما يزيد على الثلث موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازوها صحت وإلا بطلت[٥].

٣-بيع المريض المدين ماله لأجنبي:

إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبي بثمن المثل، وكان مديناً بدين مستغرق فإن البيع صحيح نافذ على

---

(١) الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة.

(٢) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٣-١٤٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٩٨).

(٤) انظر: الأم: (٤/ ٣٠) وما بعدها .

(٥) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: (٣/ ٣٤٣).

العوض المسمىٰ، ولاحق للدائنين في الاعتراض عليه؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها.

وأما إذا كان في البيع محاباة للمشتري، فإنه يكون موقوفاً علىٰ إجازة الدائنين فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة.

فإن لم يجيزوا خُيّر المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته وبين فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن إذا كان الفسخ ممكناً[١].

وإذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبي بثمن المثل، وكان مديناً بدين غير مستغرق لماله صح البيع، ونفذ علىٰ البدل المسمىٰ، وأما إذا كان فيه محاباة، فيخرج مقدار الدين من التركة، ويأخذ هذا البيع حكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلاً بالنسبة للمبلغ الباقي بعد الإخراج[٢].

٤-بيع المريض غير المدين ماله لوارث: وهذا لا يخلو من حالين[٣]:

الحال الأول: إذا باع المريض وارثه عيناً من ماله بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله وهو مسألة معاوضة المريض بثمن المثل عند فقهاء الحنابلة[٤] هل يصح البيع أم لا؟ اختلفوا علىٰ قولين:

القول الأول: أنه يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من أعيان ماله إلىٰ أي شخص من ورثته، وينفذ بيعه علىٰ العوض المسمىٰ إذا كان البيع بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس بمثله.

وهذا قول الصاحبين من الحنفية[٥]، وهو مذهب المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، وبه قال ابن أبي ليلىٰ[٩].

لأنه ليس فيه إبطال لحق الورثة عن شيء مما يتعلق به حقهم وهو المالية فكان الوارث والأجنبي في ذلك

---

(١) انظر: العقود الدرية لابن عابدين: (٢/ ٥٤)، وشرح المجلة للأتاسي: (٢/ ٤١٤).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: تفصيل الكلام في المسألة في المبسوط: (١٤/ ١٥٠)، ورد المحتار علىٰ الدر المختار: (٤/ ١٩٣)، وشرح المجلة للأتاسي: (٢/ ٤٠٩).

(٤) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٠)، والإنصاف: (١٧/ ١٤٠).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٤،١٣)، ورد المحتار: (٤/ ١٩٣).

(٦) انظر: البهجه شرح التحفة للتسولي: (٢/ ٨٢)، وحاشية الخرشي علىٰ مختصر خليل: (٥/ ٣٠٥)، وشرح ابن ناجي علىٰ الرسالة (٢/ ٣١٥).

(٧) انظر: المهذب: (١/ ٤٦٠)، والأم: (٧/ ٩٧)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤٠٨)، وحاشية البجيري علىٰ الخطيب: (٣/ ٣٠٣).

(٨) انظر: المغني لابن قدمة: (٨/ ٤٩٨)، والشرح الكبير: (١٧/ ١٤٠)، والإنصاف: (١٧/ ١٤٠).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٩٨)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٠).

=

سواء[١].

ولأنه ليس بوصية؛ لأن الوصية تبرع، وليس هذا تبرعاً فاستوىٰ فيه الوارث وغيره[٢].

القول الثاني: البيع يكون موقوفاً علىٰ إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل سواء أكان البدل مساوياً لمثل القيمة أم كان فيه محاباة، وهو قول أبي حنيفة، وعليه المذهب[٣]، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة[٤].

الحال الثاني: إذا باع المريض وارثه عيناً من ماله، وحاباه في الثمن فماذا الحكم؟

اختلفوا في المسألة علىٰ ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع يتوقف علىٰ إجازة الورثة، سواء حمل ثلث ماله هذه المحاباة أم لم يحملها، فإن أجازوه نفذ، وإلا خير الوارث بين أن يبلغ المبيع تمام القيمة، وعندها يسقط حق الورثة في الاعتراض عليه وبين أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلىٰ التركة، ويستلم الثمن الذي دفعه للمورث.

هذا مذهب الحنفية[٥]، ومذهب الشافعية[٦]، ووجه للحنابلة[٧]، وهو الصحيح في المذهب[٨].

القول الثاني: فإن حاباه في الثمن كأن باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلاً، فالبيع باطل بقدر المحاباة كلها إن لم يجزها الورثة ولا تعتبر المحاباة من الثلث ويصح البيع، وينفذ فيما عداها، وتعتبر إجازة الورثة للقدر المحابىٰ به ابتداء عطية منهم تفتقر إلىٰ جواز.

وهذا مذهب المالكية[٩]، ووجه لفقهاء الحنابلة[١٠].

القول الثالث: لا يصح البيع، وهو وجه للحنابلة أيضاً[١١].

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٣، ١٤)، ورد المحتار: (٤/ ١٩٣).

(٤) انظر: الإنصاف: (١٧/ ١٤١).

(٥) انظر: المبسوط: (١٤/ ١٥٠)، ورد المحتار: (٤/ ١٩٣)، والعقود الدرية: (٢/ ٢٦٢).

(٦) انظر: الأم: (٧/ ٩٧)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤٠٨).

(٧) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤١).

(٨) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٧/ ١٤١).

(٩) انظر: حاشية الخرشي: (٥/ ٣٠٥)، والمنتقىٰ للباجي: (٦/ ١٥٨)، وشرح ابن باجي علىٰ الرسالة: (٢/ ٣١٥).

(١٠) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٣).

(١١) انظر: الشرح الكبير: (١٧/ ١٤٣)، والإنصاف: (١٧/ ١٤١).

=

لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع، فلم يصح في بعضه كما لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة فقال: قبلت البيع في نصفه أو قال: قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يكن تصحيح المبيع على الوجه الذي تعاقدا عليه، فلم يصح كتفريق الصفقة(١).

٥-بيع المريض المدين ماله لوارث:

إن المريض المدين بدين مستغرق إذا باع ماله لوارث بثمن المثل، فإن البيع صحيح نافذ على البدل المسمى، ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها.

أما إذا كان في بيع المريض المدين محاباة للوارث في البدل، فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت، وإن ردوها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته وبين فسخ البيع(٢).

ومثل البيع في كل الأحوال المتقدمة الشراء(٣).

ثانياً: المحاباة في التزويج إذا تزوج في مرضه امرأة، صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات، فإن لورثته إبطال المحاباة إلا أن يجيزها سائر الورثة وإن لم ترثه فلها مهرها وثلث ما حاباها به(٤).

ثالثاً: المحاباة في الخلع، بأن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها للزوج الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها، لأن ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منها وإن كان بزيادة يتوقف على إجازة بقية الورثة(٥).

١٥-**ومنها**: تصرفات المرتد هل هي موقوفة على رجوعه إلى الإسلام أم هي باطلة؟ والمسألة مبنية على حكم المرتد في أمواله، ويأتي بيان المسألة على الترتيب المذيل:

أولاً: ملك المرتد هل يزول عن أمواله أم لا؟

١-اتفق الفقهاء على أن المرتد إذا أسلم بعد ردته تكون أمواله على حكم ملكه السابق(٦).

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ١٤٢).

(٢) انظر: تفصيل المسألة في كشف الأسرار: (٤/ ١٤٣٢).

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي: (٢/ ٤١٣)، والفتاوى الهندية: (٦/ ١١٠).

(٤) انظر: تفصيل المسألة في المغني لابن قدامة: (٨/ ٥٠١-٥٠٠).

(٥) انظر: تفصيل المسألة في الأم: (٥/ ١٨٢)، والمغني (٨/ ٢٢٨).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥)، والشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٥)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢٠)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (٢٧/ ١٥١-١٥٠).

=

٢-واتفقوا أيضاً على أن المرتد إذا مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب يحكم بزوال ملكه عن أمواله[١].

٣-واختلفوا في زوال ملكه بعد ردته وقبل رجوعه إلى الإسلام أو موته على الردة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته، بل يكون ملكه موقوفاً مراعى، فإن عاد إلى الإسلام فماله لم يزل باقياً على ملكه، وإن قتل علم أن ملكه زال عن ماله بموته.

وهذا قول الإمام أبي حنيفة[٢]، ومذهب المالكية[٣]، والشافعية في الأظهر[٤]، ومذهب الحنابلة[٥].

قال ابن قدامة: «وهو قول أكثر أهل العلم[٦]، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنهم من أهل العلم»[٧].

واستدلوا بما يأتي:

١-أنه وجد سبب زوال الملك، وهو الردة؛ لأنها سبب لوجوب القتل، والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافاً إلى السبب السابق وهو الردة، ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بأمواله؛ لأنه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلاً عن حاجته فكان ينبغي أن يحكم بزوال ملكه للحال إلا أنه توقف فيه لاحتمال العود إلى الإسلام، لأنه إذا عاد ترتفع الردة من الأصل، ويجعل كأن لم يكن، فكان التوقف في الزوال للحال لاشتباه العاقبة، فإن أسلم تبين أن الردة لم تكن سبباً لزوال الملك لارتفاعها من الأصل، وإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين أنها وقعت سبباً للزوال من حين وجودها[٨].

٢-لأن بطلان أعماله يتوقف على هلاكه على الردة فكذلك زوال ملكه[٩].

---

(١) انظر: المصادر السابقة والحاوي الكبير للماوردي: (١٣/ ١٦١-١٦٠).

(٢) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٣)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٧٣)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٣٨٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٦)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٧٩).

(٤) انظر: مختصر المزني (ص٢٦٠)، والمهذب (٢/ ٢٢٣)، ومغني المحتاج (٤/ ١٤٢)، والحاوي الكبير (١٣/ ١٦٠)، والإقناع للشربيني (٢/ ٥٥٣)، وفتح الوهاب (٢/ ٢٧٠).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٢٧٢)، والشرح الكبير للمقدسي (٢٧/ ١٥٠)، والإنصاف (٢٧/ ١٥١-١٥٠)، والفروع (٦/ ١٦٦)، وكشاف القناع (٦/ ١٨٢-١٨١).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٢٧٢).

(٧) انظر: الإشراف: (٣/ ١٦٤)، والإجماع: ص(٧٦)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٢).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٦)، وشرح فتح القدير (٦/ ٧٣).

(٩) انظر: مغني المحتاج (٤/ ١٤٢).

٣-ولأن زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك، ولاحتمال العود إلى الإسلام يكون ملكه موقوفاً[١]، بدليل الزاني المحصن، والقاتل في المحاربة، وأهل الحرب، فإن ملكهم ثابت مع عدم عصمتهم[٢].

٤-ولأن الردة سبب يبيح دمه، فلم يزل ملكه بها كزنا المحصن[٣].

القول الثاني: إن ماله باق على ملكه إلى أن يقتل بالردة أو يموت فيزول ملكه عنه بالقتل أو بالموت، وهذا قول الصاحبين من الحنفية[٤]، وهو أحد قولي الشافعي[٥].

واستدلوا بأدلة منها:

١-لأن الملك كان ثابتاً له حالة الإسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية، والكفر لا ينافي الملك كالكافر الأصلي فكذلك الردة لا تؤثر في شيء من ذلك[٦].

٢-ولأن المالك لا ينفك عن مالك، فلما لم ينتقل إلى ملك غيره إلا بالموت علم بقاؤه على ملكه إلى وقت الموت[٧].

القول الثالث: أن ملكه يزول بمجرد ردته، وإن راجع الإسلام عاد إليه تمليكاً مستأنفاً.

وهذا قول عند الشافعية، وصححه أبو إسحاق الشيرازي منهم[٨]، وبه قال أبو بكر عبدالعزيز من الحنابلة[٩]، واستدلوا بما يأتي:

١-لأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه، فزوال إسلامه يزيل عصمتهما كما لو لحق بدار الحرب[١٠].

٢-ولأن المسلمين ملكوا إراقة دمه بردته، فوجب أن يملكوا أمواله بها[١١].

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي (٢٧/ ١٥٢)، وكشاف القناع (٦/ ١٨٢-١٨١).

(٢) انظر: المصدرين السابقين .

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، والمبسوط: (١٠/ ١٠٣).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦٠)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، وفتح الوهاب: (٢/ ٢٧٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦٠).

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦١-١٦٠)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، والإقناع: (٢/ ٥٥٣).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (٢٧/ ١٥١)، والإنصاف للمرداوي: (٢٧/ ١٥٣-١٥٢).

(١٠) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (٢٧/ ١٥١).

(١١) انظر: المصدر السابق.

=

٣-ولأن المرتد تزول عصمة نفسه بالردة، فيجب قتله، وكذا تزول عصمة ماله، لأنها تبع لعصمة النفس، فتزول ملكيته عن ماله[١].

٤-ولما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق ﷺ قال لوفد بزاخة[٢] وغطفان[٣]: نغنم ما أصبنا منكم، وتردون إلينا ما أصبتم منا[٤].

الذي يظهر لي هو القول بوقف ملك المرتد؛ لأن زوال عصمته لا يلزم منه زوال ملكه؛ ولأن الكفر الأصلي لا ينافي الملك فكيف الردة؟ ولأنه يحتمل عودته للإسلام، والملك لا يزول بالاحتمال، فنظراً للاحتمال القول بتوقف زوال ملكه في الحال أولى من غيره. والله أعلم بالصواب.

ثانياً: بناء على اختلافهم في المسألة المذكورة اختلفوا في تصرفات المرتد وذهبوا إلى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: أنه يحجر عليه ويمنع من التصرف، ولو تصرف تكون تصرفاته موقوفة، فإن أسلم جاز تصرفه، وإن قتل لردته أو مات عليها بطل تصرفه، وهو مذهب أصحاب القول الأول في المسألة السابقة[٥]، إلا أن الحنفية لهم تفصيل وتقسيم في تصرفات المرتد وكذلك الشافعية فصّلوا في المسألة، ويأتي بيان ذلك قريباً إن شاء الله.

الاتجاه الثاني: تعتبر تصرفات المرتد نافذة في أمواله كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق، أو دبر أو كاتب أو اشترى أو وهب نفذ ذلك كله. وهذا مذهب الصاحبين في المرتد إذا كان رجلاً، ومذهب الحنفية بلا خلاف عندهم[٦]، إذا كان امرأة، وقول للشافعية[٧].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦١)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢).

(٢) بزاخة بالضم ماء لبني طيء، وقيل: لبني أسد، ويوم بزاخة يوم معروف وهو يوم خالد بن الوليد على طليحة الأسدي. انظر: لسان العرب: (٣/ ٩) (١٤/ ١٤٩)، ومعجم ما استعجم: (١/ ٢٤٧).

(٣) هم بنو غطفان بن سعد بن مالك بن حرام بن جذام من كهلان من القحطانية . انظر: معجم قبائل العرب: ٣/٨٨٩٠)

(٤) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٨/ ١٨٣) برقم: (١٦٥٣٨)، وابن أبي شيبة في المصنف: (٧/ ١٥) برقم: (٣٣٨٩٣)، وأصله موجود في صحيح البخاري عن طارق بن شهاب برقم: (٦٧٩٥).

(٥) انظر: تفصيل القول في المبسوط: (١٠/ ١٠٣)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، والشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٥)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣).

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٤/ ٣٩٠) وما بعدها، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥)، الدر المختار: (٣/ ٣٢٨).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦١)، والمهذب: (٢/ ٢٢٤).

=

واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في كيفية الجواز[1]، فقال أبو يوسف: تنفذ تصرفاته كتصرف الإنسان العادي الصحيح البدن؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الإسلام، فيتخلص عن القتل، أما المريض فلا يمكنه دفع المرض عن نفسه فلا تشابه بينهما[2].

وقال محمد: تنفذ تصرفاته كالمريض مرض الموت، أي لا تنفذ تبرعاته بالنسبة للورثة إلا في حدود الثلث؛ لأن المرتد معرض للموت بتنفيذ العقاب عليه وهو القتل فأشبه المريض مرض الموت[3]. وهذا أحد وجهي الحجر عليه عند الشافعية[4].

الاتجاه الثالث: إن تصرفاته كلها باطلة، غير نافذة، سواء قتل بالردة أو عاد إلى الإسلام.

هذا وجه للشافعية اختاره أبو إسحاق الشيرازي[5]، وقول أبي بكر من الحنابلة[6]، والله أعلم بالصواب.

ثالثاً: تصرفات المرتد عند الحنفية: تصرفات المرتد عندهم أربعة أنواع[7]:

الأول: نافذ بالاتفاق، وهو الاستيلاد، حتى إذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه ثبت النسب منه، وورث هذا الولد مع ورثته، وكانت الجارية أم ولد له[8].

الثاني: ما هو بالاتفاق باطل في الحال كالنكاح والذبيحة؛ لأن الحل بهما يعتمد الملة، ولا ملة للمرتد، فقد ترك ما كان عليه، وهو غير مقر على ما اعتمده[9].

الثالث: ما هو موقوف بالاتفاق، وهو المفاوضة، فإنه إذا شارك غيره شركة مفاوضة توقف صحة المفاوضة بالاتفاق[10].

الرابع: ما هو مختلف فيه وهو سائر تصرفاته. عند أبي حنيفة -رحمه الله- يتوقف بين أن ينفذ بالإسلام أو

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، وشرح فتح القدير: (٤/ ٣٩٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦٢)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٣-١٤٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦١-١٦٠)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢).

(٦) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (٢٧/ ١٥٣). والإنصاف: (٢٧/ ١٥٣).

(٧) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٠/ ١٠٤).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٧-١٣٦).

(٩) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٤)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٣٧).

(١٠) انظر: المصادر السابقة.

=

يبطل إذا مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وعند الصاحبين نافذ[(١)].

رابعاً: تصرفات المرتد عند الشافعية:

وقد فصل الشافعية في تصرفاته، فقالوا: إن تصرف في ماله بعد الحجر عليه فهو ضربان[(٢)]:

الضرب الأول: أن يكون في تصرفه استهلاك لماله كالعطايا، والهبات والوصايا والصدقات والوقف والعتق، فكل ذلك باطل مردود سواء قيل: إن حجره حجر سفة أو حجر مرض[(٣)].

الضرب الثاني: ما لم يكن فيه استهلاك كالبيوع والإجارات والتصرفات التي تكون منجزة، ولا تقبل التعليق فيكون في صحتها وجهان بناء على معنى حجره[(٤)]:

أحدهما: أن جميعها باطلة إذا قيل: إن حجره حجر سفه؛ لأن عقود السفيه باطلة، وهو القول على بطلان وقف العقود في الجديد.

والثاني: إن جميعها جائزة، إذا قيل: إن حجره حجر مرض؛ لأن عقود المريض جائزة.

ويحتمل أن تكون موقوفة أيضاً بناء على القول بوقف العقود في القديم، وأما إن تصرف قبل الحجر عليه فإن كان تصرفاً يقبل التعليق يكون تصرفه موقوفاً إلى أن يتبين حاله، وإن كان تصرفاً لا يقبل التعليق كالبيع والهبة والرهن فباطل بناء على بطلان وقف العقود[(٥)].

١٦-**ومنها**: ملك الموصى له بعد الموت وقبل القبول هل هو موقوف أم لا؟

صورة المسألة: إذا مات الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد، هل يملك الموصى له الوصية بموت الموصي كالإرث والتدبر، ولكن إنما تستقر بالقبول، أم لا بد له من قبول الوصية أم ملك الوصية موقوف؟[(٦)]

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن ورثة الموصى له يقومون مقامه في رد الوصية، وقبولها وعلى هذا يكون ملك الموصى به موقوفاً على القبول.

---

(١) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٤).

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦٢)، والمهذب: (٢/ ٢٢٤)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (١٣/ ١٦٢).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: المهذب: (٢/ ٢٢٣).

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٤).

=

وهذا مذهب المالكية[(١)]، والشافعية في الأظهر[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

١- لأنه حق ثبت للمورث، فثبت للوارث بعد موته[(٤)]، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من ترك حقاً فلورثته...**»[(٥)]، وكخيار الرد بالعيب[(٦)].

٢- ولأن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار[(٧)].

القول الثاني: يكون الموصىٰ به لورثة الموصي، ولا يملكه الموصىٰ له، فالوصية باطلة وهو قول زفر من الحنفية وهو القياس عندهم[(٨)]، وبه قال ابن حامد من الحنابلة[(٩)]، قال عنه القاضي: وهو قياس المذهب[(١٠)].

١- لأنه عقد يفتقر إلىٰ القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة[(١١)].

٢- ولأن تمام الوصية موقوف علىٰ القبول، وقد فات القبول[(١٢)].

٣- لأنه خيار لا يعتاض عنه فبطل كخيار المجلس والشرط، وخيار الأخذ بالشفعة[(١٣)].

القول الثالث: أن موت الموصىٰ له في هذه الحالة قبول، وتلزم الوصية في حق الوارث، وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٤٢٤)، والشرح الصغير: (٤/ ٥٨٣).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٥٤)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٥٧).

(٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ٢٤٥)، وكشاف القناع: (٤/ ٣٤٤)، ومطالب أولي النهىٰ: (٤/ ٤٥٩).

ذكر ابن قدامة: هكذا ذكره الخرقي. انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٧-٤١٦).

(٤) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ٢٤٥).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٢٨، ١٥٥)، في باب الدين من كتاب الكفالة، وفي باب الصلاة علىٰ من ترك ديناً من كتاب الاستقراض، ومسلم في صححه: (٣/ ١٢٣٨-١٢٣٧)، في باب من ترك مالاً فلورثته من كتاب الفرائض من حديث أبي هريرة.

(٦) انظر: المغني: (٨/ ٤١٧).

(٧) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٣٤٤)، ومطالب أولىٰ النهىٰ: (٤/ ٤٥٩).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٢١)، وروضة القضاة: (٢/ ٦٨٢).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٧)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ٢٤٥).

(١٠) انظر: المصادر السابقة والإنصاف: (١٧/ ٢٤٦).

(١١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٧).

(١٢) انظر: روضة القضاة: (٢/ ٦٨٢).

(١٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٧/ ٢٤٥).

=

وهذا مذهب الحنفية استحساناً[١]، وهو وجه عند الحنابلة ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب[٢].

١-وجه الاستحسان عند فقهاء الحنفية أن أحد الركنين من جانب الموصىٰ له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس علىٰ الرد منه، وقد حصل ذلك بموته، فتم الركن[٣].

٢-ولأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي، وإنما الخيار للموصىٰ له، فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه، كما لو اشترىٰ شيئاً علىٰ أن الخيار له فمات قبل انقضائه[٤].

والله أعلم بالصواب.

١٧-**ومنها:** تصرف الوارث بتركة الميت قبل وفاء دينه، إن كان الدين مستغرقاً لها، والوارث ليس بموسر فإنه تصرف مردود . وأما إن كان موسراً فعلىٰ ثلاثة أوجه عند فقهاء الشافعية، ومنها: أنه موقوف إن قضىٰ الدين بَان النفوذ، وإلا فلا[٥] .

١٨-**فقهاء الحنفية** يخرجون علىٰ هذا الأصل مسائل كثيرة، ومن تلك المسائل: بيع العين المستأجرة موقوف علىٰ إجازة المستأجر[٦].

١٩-**ومنها:** بيع ما في مزارعة الغير موقوف علىٰ إجازة المزارع[٧].

٢٠-**ومنها:** بيع البائع للشيء المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف علىٰ إجازة المشتري الأول[٨].

٢١-**ومنها:** بيع الشيء برقمه المكتوب عليه موقوف علىٰ تبين الثمن، فإن علمه المشتري في مجلس البيع نفذ وإلا بطل[٩].

٢٢-**ومنها:** البيع بما باع به فلان، والمشتري لا يعلم فهو موقوف علىٰ العلم في المجلس[١٠].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٢١)، وبدائع الصنائع: (٧/ ٣٣٢١).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي: (١٧/ ٢٤٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٣٣٢).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤١٧)، والإنصاف: (١٧/ ٢٤٧).

(٥) انظر: الشرح الكبير للرافعي: (١٠/ ١١٨-١١٧)، وروضة الطالبين: (١٤/ ٨٥-٨٤)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ٦٣) .

(٦) انظر: البحر الرائق: (٦/ ٧٥)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٣٩)، ودرر الحكام: (٢/ ١٧٧-١٧٦).

(٧) انظر: تفصيل المسألة في البحر الرائق: (٦/ ٧٦-٧٥)، ورد المحتار علىٰ الدر المختار: (٥/ ١١١-١١٠).

(٨) انظر: درر الحكام في شرح غرر الأحكام: (٢/ ١٧٧-١٧٦)، وكذلك حاشية ابن عابدين: (٥/ ١١١)، وحاشية الطحطاوي علىٰ الدر: (٣/ ٦٣).

(٩) انظر: البحر الرائق: (٦/ ٧٦-٧٥)، ورد المحتار علىٰ الدر المختار: (٥/ ١١١).

(١٠) انظر: رد المحتار علىٰ الدر: (٥/ ١١١).

=

٢٣-**ومنها**: البيع بمثل ما يبيع الناس موقوف على تبين الثمن(١).

٢٤-**ومنها**: بيع المعتوه وشراؤه وإجارته وغير ذلك من المعاوضات المالية أنها موقوفة التنفيذ على إذن الولي وإجازته(٢).

٢٥-**ومنها**: بيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء(٣).

هذه أمثلة على الأصل الذي بين أيدينا، والفروع الفقهية الكثيرة تنطبق عليه من أبواب كثيرة. والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: البحر الرائق: (٦/ ٧٦-٧٥)، وشرح المنار: ص(٩٥٠)، وتيسير التحرير: (٢/ ٤٢٤).

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: (٥/ ١١١).

المبحث الأول:ضابط: ما سبَقَ الإنسانُ إليه من المباحات ملكه بأخذه

هذه الضابط من الضوابط التي تتعلق بأسباب الملك، وهو باللفظ المذكور تدل على سبب من أسباب تملك المباحات، و الضابط بموضوعه مهمة جدًا وذلك لأن المباحات مما يتنازع فيه الناسُ، والتعرف على الأصل الذي يقضي على المنازعة في تملك المباحات من الأمور المرموقة في الفقه الإ سلامي، ومن هنا يتجلى لنا أهمية هذا الضابط في باب الملكية .

ودراستها تتكون من العناصر الآتية:

أولًا: الكلام على أصل الضابط ، ووضعه، وألفاظه:

هذا الضابط من الضوابط التي أشار إليها الفقهاء -رحمهم الله- بعباراتهم المختلفة، و الضابط باللفظ المذكور جاء في بلغة الساغب(١)، وقد أشار إلى الضابط بلفظ أخصر منه: بقولهم:" المباح يملك بالإحراز(٢) ."

وجاء في المبسوط(٣) ما يؤكد هذا المعنى: «الاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب»(٤)، وما جاء في المهذب يعضد هذا المعنى(٥)، أيضًا: وهو: «يملك الشفيع الشقص بالأخذ؛ لأنه تملك مال بالقهر، فوقع الملك فيه بالأخذ، كتملك المباحات» .

ويقرر هذا الضابط ما ذكر في مواهب الجليل: «ولو رأى واحد من جماعة صيدًا واختص برؤيته من بينهم ثم أخبرهم، فبادر إليه غيره، فأخذه، كلٌ لآخذه خاصة؛ لأن المباحات إنما تستحق بوضع اليد، لا بالمعاينة»(٦) .

وجاء في المقنع(٧): «ومن سبق إلى مباح؛ كصيد، وعنبر، وحطب وثمر وما ينبذه الناسُ رغبة عنه فهو أحق به ...» وفي الإنصاف(٨): «وكذا لو سبق إلى ما ضاعَ من الناس مما لا تتبعه الهمة، وكذا اللقيط، وما يسقط من الثلج والمن وسائر المباحات فهو أحق به، وهذا بلا نزاع» .

---

(١) بلغة الساغب: ص(٢٨٧) .

(٢) انظر: شرح السير الكبير: ص(١٧٣٧)، وقواعد الفقه للمفتي عميم الإحسان: ص(١١٨)، وموسوعة القواعد الفقهية للبرونو: (٩/ ٤١٤) .

(٣) المبسوط للسرخسي: (١١/ ٢١٦) .

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٧٧) .

(٥) المهذب للشيرازي: (١/ ٣٨٢) .

(٦) مواهب الجليل: (٣/ ٢٢٤-٢٢٣) .

(٧) المقنع لابن قدامة: (١٦/ ١٣٨) .

(٨) الإنصاف للمرداوي: (١٦/ ١٣٩) .

=

والضـــابط تنص على مدلوله مجلة الأحكام العدلية(١)، حيث ذكر أصـــحابها: «المادة: (١٢٤٩) كل من أحرز شـيئًا مباحًا كان مالكًا له مسـتقلًا فلو تناول الماء من نهر بيده، أو بوعَاء كالعلبة فإنه يملكه بإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء، وليس لغيره أن ينتفع به، وإذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه كان ضامنًا» .

واللفظ المذكور أولى من غيرها لما فيه من الدلالة على بيان الأحقية في تملك المباحات، والله أعلم الصواب .

ثانياً: شرح مفردات الضابط وما يتعلق به من المسائل:

أ-المباحات:

المباحات جمع المباح وهو الإباحة من أصل: بوح، وهو سعة الشيء وبروزه ظهوره(٢)،وقد سبق الكلام عليه في أسباب الملكية .

والمقصــود بالمباحات هنا هي الأشــياء التي لم تدخل في ملك محترم، ولا يوجد مانع شرعي من تملكها(٣)، وقيل: هو ما بقي على أصل خلقته ولم يملكه مالك(٤) .

وليس المقصود بالمباح هنا ما اصطلح عليه الأصوليون، والله أعلم بالصواب .

ب-المباح من حيث الجواز أو الإذن ينقسم إلى قسمين:

الأول: المباح على وجه التملك والاستهلاك:

وهو كل ما خلقه الله لينتفع به الناسُ على وجه معتاد، وليس في حيازة أحد مع إمكان حيازته، ولكل إنســان حق تملكه سواء كان جمادًا أو حيوانًا أو نباتًا، وهو على ثلاثة أقسام:

الأول: الجمادات المباحة مثل الماء، والنار، والأرض الموات، والمعدن، والكنوز وغير ذلك .

الثاني: الحيوانات المباحة مثل الصيد، ونحو ذلك .

الثالث: النباتات المباحة مثلا الكلأ، والتمر، والأشجار النابتة في الموات والحطب .

القاعدة تعالج أحكام تملك هذه النوع من المباحات .

الثاني: المباح على وجه الانتفاع:

وهو ما يســمى بالمنافع العامة التي جعل الله إباحتها تيســيرًا على عباده فيها، أوليمار ســوا أعمالهم في الحياة

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٨٠)، مادة رقم: (١٢٤٩) .

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(١٤٣) .

(٣) انظر: الملكية للأستاذ الخفيف: ص(٢٦٦) .

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (٩/ ٤١٤) .

=

مستعينين بها، كالمساجد، والأنهار، والطرق، والأسواق وما إلى ذلك[1] .

ج-قولهم: ملكه بأخذه :

المقصود به يملك المباح بالأخذ، عبر بالأخذ عن الاستيلاء إشارة إلى أن الأخذ يفيد مباشرة التملك لكونه استيلاءً حقيقيًا والفقهاء -رحمهم الله- عبر عن هذا السبب الذي يفيد الملك في المباحات بثلاثة ألفاظ[2] .

الأول: الأخذ وهو التناول ووضع اليد على الشيء[3] .

الثاني الإحراز: وهو وضع في الحرز، والمراد بالحرز: ما يكون به حفظ الشيء وتحصينه[4]، فالمباح إنما يملكه آخذه بوضعه في مكانٍ حصين أو إناء أو وضع علامة عليه تدل على إحرازه، وبدون ذلك لا يكون إحرازًا[5]. والمحكم في الإحراز هو العرف، إذ لم يحد في الشرع ولا في اللغة، ويمكن أن يضبطه بما لا يعد صاحبه مضيعًا له[6] .

الثالث: الاستيلاء وهو وضع اليد على الشيء بالفعل أو بالقوة[7] .

جاءَ في درر الحكام[8]: «وهذا الاستيلاء والأخذ إما أن يكون حقيقيًا . ويكون بوضع اليد حقيقة على ذلك الشيء، كأخذ الماء بإناء من النهر، وكصيد الصيد، وكقطع الخشب من الجبال .

وإما أن يكون هذا الأخذ والاستيلاء حكميًا، وذلك بتهيئة سبب الأخذ والاستيلاء كوضع إناء لجمع ماء المطر، ونصب شبكة لأجل الصيد...» .

ومن خلال هذا البيان يظهر لنا أن الأخذ هو الاستيلاء الحقيقي، والتعبير بالاستيلاء أعم من الأخذ. والله أعلم . وقد سبق الكلام على الاستيلاء ونوعيه في أسباب الملكية

د-شروط الأخذ والاستيلاء: وللأخذ شرطان[9]:

---

(١) انظر: الملكية للأستاذ الخفيف: ص(٢٦٦) وما بعدها .

(٢) انظر: درر الحكام: (٣/ ٢٧٤)، والملكية للأستاذ الخفيف: ص(٢٦٦) .

(٣) انظر: مختار الصحاح: ص(٩) .

(٤) انظر: المصباح المنير: ص(٥٠)، والنهاية لابن الأثير: (١/ ٣٦٦) .

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ١٩٤)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٦٤) .

(٦) انظر: المصادر السابقة .

(٧) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٦٦)، وقد سبق الكلام عليه مفصلًا .

(٨) درر الحكام: (٣/ ٢٧٤) .

(٩) سبق بيانه في أسباب الملكية .

=

الأول: ألا يسبق إلى إحرازه أو أخذه غيره .

الثاني: أن يقصد بالأخذ التملك .

اختلف الفقهاء في اشتراطه وعدمه نظراً إلى نوعي الاستيلاء على النحو التالي:

١-اتفقوا على عدم ا شتراطه في الا ستيلاء الحقيقي(١)، فقالوا: وترتب الملكَ على الا ستيلاء الحقيقي لا يحتاج إلى نية وقصدٍ فهو سبب فعلي لا تشترط في ترتب أثره عليه نية التملك، ولذا يعتبر من كل من يصدر منه ولو كان غير أهل للالتزام والإرادة كالمجنون، والصغير الذي لا يميز، فإذا تناول أحدهما مالًا مباحًا تملكه بتناوله؛ لأن النية في هذا النوع من الاستيلاء ليست شرطًا(٢) .

٢-اختلفوا في اشتراطه في الاستيلاء الحكمي على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يشترط قصد التملك في الاستيلاء الحكمي، وعلى هذا أن الاستيلاء الحكمي لا تترتب عليه الملكية إذا قصدَ به الإحراز، فإن لم يقصد به الإحراز لم تترتب عليه ملكية .

هذا مذهب الحنفية(٣)، وقول للشافعي(٤)، ورواية عن الإمام أحمد(٥) وهذا مذهب أهل الظاهر أيضًا(٦) .

ومن ثم قال الحنفية: إذا وضعَ الصائد شبكة للتجفيف فتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه بها، ذلك لأن عمله قصد به شيء آخر خلاف الإحراز، ولا يملكه إلا إذا حضرَ إليها فأمسك الصيدَ أو كان بحيث لو مدّ يده إليه لأخذه؛ لوجود الاستيلاء الحقيقي حينئذٍ(٧)، ولكنه إذا كان قد وضعها بقصد الإحراز، ففر الصيدُ، أو بلا قصد فتعلق بها صيد ملكه من وقت تعلقه بها وإن كان هذا الملك غير مستقر لاحتمال زواله بانتقاض الاستيلاء، وذلك بتخلص الصيد من الشبكة وفراره .

وإذا استعمل آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بوساطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد .

---

(١) بدائع الصناع: (٦/ ١٩٣، ١٩٤)، والفتاوى الهندية: (٥/ ١٤٧)، والفتاوى الخانية: (٥/ ٤١٨)، وفتح الجليل: (١/ ٥٨٥)، ومنح الجليل: (١/ ٥٨٦)، والفروق: (١/ ٣٥٤)، والمغني: (٨/ ١٨٣-١٨٢)، والقواعد لابن رجب: ص(١٩٢-١٩١) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٧٠) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤-١٩٣) .

(٤) انظر: نهاية المحتاج: (٨/ ١١٧) وما بعدها .

(٥) انظر: كشاف القناع: (٤/ ١٢٨، ١٣٣) .

(٦) انظر: المحلى لابن حزم: (٦/ ٤٦٤-٤٦٣) .

(٧) الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٧١) .

ولذا جاء في المبسوط[١]: «لو تكسر صيدٌ في أرض إنسانٍ، فصارَ لا يستطيع براحًا، أو رمىٰ صيدًا فوقعَ في أرض رجلٍ، ولا يدري من رماه، فأخذه رجلٌ فهو للذي أخذه؛ لأنه قد أحرزه بأخذه ولم يوجد من صاحب الأرض إحراز، وإن عجز الصيد عن الطيران بما أصابه؛ لأن المباح يملك بالإحراز» .

يقول الإمام أبو محمد ابن حزم -رحمه الله-: «كل من نَصَبَ فخًا[٢] أو حبالًة أو حفر زُبيَةً[٣] للصيد فكل ما وقعَ في شيء من ذلك فهو له، ولا يحل لأحد سواه، فإن نصبَها لغير الصيد فوقعَ فيها صيد فهو لمن أخذه ...»[٤] .

القول الثاني: إن الاستيلاء الحكمي كالاستيلاء الحقيقي في عدم اشتراط القصد في إفادته الملك، ولهذا مذهب المالكية[٥] وقول للشافعي[٦] ورواية عن أحمد[٧] .

القول الثالث: إن الاستيلاء الحكمي علىٰ الصيد إن كان بآلة من الآيات التي تستعمل في العادة للصيد، والاستيلاء عليه ترتب عليه الملك، وإن لم يكن من المستولي نية التملك أو القصد إليه.

أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لا يتخذ عادةً لذلك لم يترتب عليه الملك، إلا إذا قصد به التملك، فإن لم يقصد به التملك لم يملكه، وإن صار به أحق من غيره، وعلىٰ هذا ففي الصيد يقع في أرض إنسانٍ و صار مقدورًا عليه بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه صاحب الأرض إذ لا يقصد بالأرض الاصطياد ولو وقعَ في شبكة أعدت للصيد ملكه بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلىٰ الاصطياد .

هذا قول الشافعية في الأصح[٨]، والحنابلة في المذهب[٩] .

الذي يظهر لي من بين هذه الأقوال أن الاستيلاء الحكمي -كما هو معلوم يكون باستعمال الآلات غير أن هذه الآلات إذا كانت للصيد كان اقتناؤها واتخاذها واستعمالها دليلًا علىٰ نية الصيد عادةً ولذا لم

---

(١) المبسوط للسرخسي: (١١/ ٢٥١) .

(٢) الفخ ما يعد للصيد . انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٧٩٣)، والمعجم الوسيط: ص(٦٧٦) .

(٣) الزبية -بضم الزاي المعجمة-: هي الرابية التي لا يعلوها ماء، ثم عرف استعمالها علىٰ حفرةٍ للأسد . انظر: القاموس المحيط: ص(١٦٦٦) .

(٤) انظر: المحلىٰ لابن حزم: (٦/ ١٦٠)، مسألة رقم: (١٠٨٠) .

(٥) انظر: بداية المجتهد: (١/ ٥٣٤)، وفتح الجليل: (١/ ٥٨٥)، ومنح الجليل: (١/ ٥٨٦) .

(٦) انظر: نهاية المحتاج: (٨/ ١١٧) وما بعدها، وحاشية البجيري: (٣/ ١١١) .

(٧) انظر: كشاف القناع: (٤/ ١٣٣) .

(٨) نهاية المحتاج: (٨/ ١١٧، ١١٨) .

(٩) كشاف القناع: (٤/ ١٣٣) .

يشترط في ترتيب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما الشرط ألا يكون قد استعملها لغرضٍ آخر إذا ما تعلق بها صيد، والله أعلم بالصواب .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط يدل على أن من سبق إلى مباحٍ من المباحات قاصدًا تملكه، ثم قام بإحرازه مَلك ذلك الشيء المباح بالإحراز، والإحراز يكون بوضع اليد على ذلك الشيء، فإن كان منقولًا لا بد من أخذه بيده أو نقله إلى حرزه، وإن كان عقارًا أو مما لا يمكن نقله يلزمه وضع علامة عليه تدل على إحرازه لذلك الشيء .

ويشترط في ذلك ألا يسبقه غيره، وأن يأخذه بقصد التملك، لأن الاستيلاء على شيء له مالك كالاستيلاء على حطب جمعه أحد من مغارة لا يجعله مالكًا له، بل يكون به غاصبًا، وأما الاستيلاء على شيء مباح لغير حاجة ولا قصدٍ مما فيه ضرر للمسلمين، وهو محظور شرعًا، والله أعلم .

رابعًا: أقوال الفقهاء في اعتبار هذا الضابط والأدلة عليه:

هذا الضابط من الضوابط التي اتفق عليها الفقهاء في هذا الباب[1] وعلى هذا فالضابط صحيح المعنى و سليم الاعتراض عند الفقهاء في الجملة وإن اختلفوا في بعض شروطها كما سلفت الإشارة .

والأدلة عليها:

١-قوله ﷺ: «**من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له**»[2] والحديث نص في القاعدة.

٢-لأن الاستيلاء على الشيء المباح سبب للملك، فمن قام به ثبت له حق التملك فيه[3]، والله أعلم بالصواب .

خامسًا: الفروع الفقهية المندرجة تحت الضابط:

تندرج تحت هذا الضابط فروع فقهية كثيرة أذكر هنا جملةً منها:

١- الماء الجاري في الأنهار والبحيرات والبرك وماء العيون ماء مباح للجميع، فإذا أحذ منه إنسان وملأ به

---

(١) انظر: الدر المختار: (٤/ ٢٨٤)، وبدائع الصنائع: (٣/ ٦٤)، وتحفة الفقهاء: (٣/ ١٥)، والكافي لابن عبد البر: ص(٢١١، ٤٩٤)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٢٣)، والمهذب: (١/ ٣٨٢)، وروضة الطالبين: (٧/ ٣٤٢)، والإنصاف: (٤/ ١٦٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ١٣٨) .

(٢) الحديث سبق تخريجه . في (٩٧)

(٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ١٣٨) .

=

جرة أو إناءً له فقد أحرزه، وملكه، ولا يجوز لغيره الاستيلاء عليه بغير إذن صاحبه[١].

٢-**ومنها:** الصيد مباح لكل صائدٍ، فإذا رمىٰ شخص صيدًا، وأثبته برميته فهو صاحبه ومالكه، وهو أحق به من غيره؛ لأن إثباته وحبسه برميه يعتبر إحرازًا له[٢] .

٣-**ومنها:** السفينة إذا وثبت فيها سمكة، فوقعت في حجر إنسان فهي له دون صاحب السفينة؛ لأن حرزه أخص بالسمكة من حرز صاحب السفينة؛ لأن حرز السفينة شمل هذا الرجل وغيره، وحرز هذا الرجل لا يتعداه فهي أخص، والأخص مقدم علىٰ الأعم[٣] .

٤-**ومنها:** لو صادَ طيراً في رجله ساقان أو ظبيًا في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك ثم ند وهرب، ينظر: فإن كان هروبه ليس هروب انقطاع ولا توحش رده، وما وجد عليه لربه، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه[٤] .

٤- و منها: الاستيلاء على المعادن والكنوز واستخراج ما في باطن الأرض:

المراد بالاستيلاء علىٰ المعادن والكنوز هو أن يستولي عليها أحدٌ باستيلائه عليها مباشرة بأن يستخرجها من مناجمها ومعادنها أو باستيلائه علىٰ محالها من الأرض التي هي في حيازته، بأن توجد في الأرض التي أحياها أحد من المسلمين، أو شرع في إحيائها وتحجرها[٥] .

والمراد بالمعادن والكنوز هي المعادن والكنوز المباحة بحيث لم يتملكها أحد قبل، أو لم يسبق إليها أحدٌ لإحيائها، والمعادن والكنوز المباحة هي التي توجد في الأراضي المباحة كأرض الموات، وكذلك أرض الحرب، فتكون لمن يجدها بالاستيلاء عليها .

ويأتي تفصيل الكلام علىٰ المعادن في قاعدة المعادن إن شاء الله تعالىٰ، والله ولي التوفيق .

٥- و منها: الاستيلاء على النبات، الكلأ والآجام:

أولًا: الاستيلاء على الكلأ:

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (٩/ ٤١٤) .

(٢) انظر: المصدر السابق .

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (١/ ٣٥٦) في الفرق: (٣٥)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٢٤) .

(٤) انظر: الفروق: (١/ ٣٥٦)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٤٤) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٤) وما بعدها، والملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٩٢)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٧٢) وما بعدها .

=

الكلأ نبات ينبت في الخلاء من غير إنبات، ولا يكون مقصودًا من استثمار الأرض وهو مباح للجميع إباحة عامة[١] إذا كان في الصحاري أو الأراضي غير المملوكة، فيكون كالماء في الأنهار العامة فإذا سَبَقَ إليه أحدٌ واستولىٰ عليه بالحيازة الشرعية فقد ملكه، والدليل عليه عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار**»[٢] .

أما إذا كان قد استنبت بفعل صاحب الأرض فهو ملكه قولًا واحدًا وكذلك إذا أحرز بعد قطعه .

وأما إذا كان الكلأ قد نبتَ في أرض مملوكة، فهل يملكه صاحبها بملكها أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة علىٰ ثلاثة أقوالٍ:

القول الأول: أنه لا يملكه، وأي رجل أخذه وحازه صار مالكًا له، فلا يحل منع فضل الكلأ مطلقًا، غير أن لصاحب الأرض أن يمنع غيره من دخول أرضه وعليه عند ذلك أن يخرج الكلأ لمن يطلبه .

هذا مذهب الحنفية[٣]، والحنابلة في المذهب[٤]، وبه قال أبو عبيد[٥] وأشهب من المالكية[٦] .

واستدلوا بعموم حديث: الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار .

القول الثاني: أنه يملكه بملك الأرض، وقالوا: إن المراد بالكلأ في الحديث: الناس شركاء في ثلاث: هو الكلأ النابت في الأرض المباحة لا المملوكة .

هذا مذهب الشافعية[٧]، والإمام أحمد في رواية أخرىٰ[٨] .

القول الثالث: هو التفريق بين الأرض المحوطة وغيرها، ففي المحوطة يملكه، لأن الإحاطة كالإحراز له،

---

(١) انظر: شرح المجلة: (٢/ ٦٨١)، مادة رقم: (١٢٥٦، ١٢٥٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٧٦) وما بعدها، والخراج لأبي يوسف: ص(١٠٢)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١٩٤)، والذخيرة: (٥/ ٢٢٦-٢٢٥)، والأموال لأبي عبيد: ص(٤١٧)، وسبل السلام: (٣/ ١٨٣) .

(٢) سبق تخريجه: ص(١٨٤) .

(٣) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(١٠٤-١٠٣)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣)، شرح المجلة للأتاسي: (٤/ ١٨٢-١٨١)، وشرح المجلة لسليم باز: (٢/ ٦٨١) وما بعدها .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، و(٦/ ٣٧٦) .

(٥) كتاب الأموال لأبي عبيد: ص(٤١٧) .

(٦) انظر: الذخيرة: (٥/ ٢٢٦-٢٢٥) .

(٧) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٧٣) .

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧) .

=

وفي غيرها لا يملكه، ويصير مباحًا للجميع هذا مذهب المالكية[١].

الذي يظهر لي والعلم عند الله ﷻ، هو القول الأول، وهو أنه لا يملكه لعموم الحديث .

أما إذا كان الكلأ قد نبت في أرض مملوكة، وكان ذلك بإعداد وتهيئة من مالكها بالعناية به سقيًا وإصلاحًا ليقوم بتربية ما شيته منه وغير ذلك فإنه يملكه بلا خلاف، ويخرج بذلك عن الإباحة العامة[٢] .

ثانيًا: الاستيلاء على الآجام[٣]:

أما الآجام فهي من الأموال المباحة أيضًا[٤] إن كانت في أرض غير مملوكة. فلكل واحد حق الا ستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، وليس لأحدٍ منع الناس منها، وإذا استولى شخص على شيء وأحرزه صار ملكًا له لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار رعاية للمصلحة العامة، وإبقاءً على الثروة الشجرية المفيدة .

أما إذا كانت في أرض مملوكة فلا تكن مالًا مباحًا، بل هي ملك لصاحب الأرض، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئًا إلا بإذنه؛ لأن الأرض تقصد لآجامها بخلاف الكلأ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلأ .

٦- ومنها: الاستيلاء على الماء والنار:

والمقصود بالماء هو الماء المباح، وكذلك النار المباحة،

وتفصيل الكلام يأتي على النحو التالي:

أولاً: الاستيلاء على الماء:

قسم الفقهاء المياه إلى عدة أنواعٍ فيختلف حكمه باختلاف طبيعة هذه الأنواع: و بيان ذلك على الترتيب المذيل:

الأول: المياه المحرزة في نحو إناء أو خزان أو بركة ونحو ذلك واتفق الفقهاء على أن هذا النوع من المياه ملك لصاحبه، يجوز بيعه، ومنع سائر الخلق عنه وعلى هذا الاستيلاء عليه لا يترتب عليه حق تملك[٥]

---

(١) انظر: الذخيرة: (٥/ ٢٢٥)، وكذلك الإفصاح: (٢/ ٢٨٥)، ورحمة الأمة: (٢/ ٤٤-٤٣) .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة: (١/ ٤٤٩-٤٤٨) .

(٣) الآجام: هي الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة، انظر: المصباح المنير: ص(٣)، والقاموس المحيط: ص(١٣٨٨)، والفقه الإسلامي وأدلته: (٤/ ٧٢) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣) .

(٥) انظر: المغني: (٤/ ٦٢)، (٨/ ١٦٧) وما بعدها، وبدائع الصنائع: (١/ ١٨٨) وما بعدها، وحاشية الباجوري: (٢/ ٤٠)، =

.

قال الشوكاني -رحمه الله-: «الماء المحرز في الجرار ونحوها ملك إجماعًا»[١] .

الثاني: مياه البحار، والأنهار والقنوات العظام . ولقد اتفق الفقهاء على أن هذا النوع من المياه مباح يستوي فيه الناسُ، فهم مشتركون فيه شركة إباحة، ينتفعون به انتفاعهم بالشمس والهواء، وانتفاع الأفراد هنا مشروط بعدم الإضرار بالعامة[٢] .

قال الكاساني: «فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر...بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الأنهار...»[٣] .

الثالث: الماء الذي يكون ظاهرًا في الأرض المملوكة ويكون قليلًا كعين صغيرة .

الرابع: الماء الذي يستخرجه مالك الأرض كبئر أو عين مستنبطة .

وقد ذكر الكاساني هذه النوعين من المياه في نوعٍ واحدٍ وهو الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون .

وقد اختلف الفقهاء في إباحية هذين النوعين من المياه على قولين:

القول الأول: إن الماء الذي في العين أو البئر لا يكون مملوكًا لأحد بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحةٍ أو مملوكة لكن له حق خاص فيه فصاحب الأرض أحق به من غيره، فإذا فاض شيء من حاجته وطلبه آخر وجبَ عليه إعطاؤه .

هذا مذهب جمهور الفقهاء منهم الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، وجمهور الشافعية[٦] والحنابلة[٧] وحكى صاحب

والأموال لأبي عبيد: ص(٤٢٣)، ونيل الأوطار: (٥/ ٣٤٤)، وسبل السلام: (٣/ ١٨٣) .

(١) نيل الأوطار: (٥/ ٣٤٤)، وكذلك انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٨٨) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٦٨)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٤٠)، وزاد المعاد: (٤/ ٢٦١)، والملكية للأستاذ علي الخفيف: (٢/ ١٣٥) .

(٣) بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٢) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٢) .

(٥) انظر: الشرح الكبير: (٤/ ٧٢)، والفواكه الدواني: (٢/ ٢٣٧) .

(٦) حاشية الباجوري: (٢/ ٤٠) .

(٧) انظر: المغني: (٨/ ١٧٠) .

=

الروض النضير[١]: الإجماع أن صاحب الماء أحق من غيره .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-بعموم قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث: «**الناس شركاء في ثلاث ...**» .

٢-وبما رواه جابر بن عبد الله ﷺ قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء**»[٢] .

وهذا يدل على عدم جواز تملكه؛ لأنه ما لا يجوز بيعه لا يجوز تملكه .

القول الثاني: إن الماء الذي في العين أو البئر مملوك لصاحبه .

وإليه ذهب بعض الشافعية[٣]، وهي رواية عن الإمام أحمد أيضًا[٤] .

قالوا: بأنه نماء ملك فهو إذا مملوك لصاحب الأصل يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم[٥] .

رد على هذا بأنه ليس كذلك، وإنما يجري من تحت الأرض إلى ملكه، فأشبه الماء الجاري في النهر إلى ملكه، على أن الفقهاء القائلين بعدم التملك يقرّون بأن صاحب الأرض أحق به من غيره لكونه في ملكه[٦] .

قال ابن القيم -رحمه الله-: «الماء خلقه الله في الأصل مشتركًا بين العباد والبهائم، وجعله سقيًا لهم، فلا يكون أحد أخص به من أحد ولو أقام عليه وتنأ عليه ... فأما من حازه في قربته أو إنائه، فذاك غير المذكور في الحديث[٧]، وهو بمنزلة سائر المباحات إذا حازها إلى ملكه ثم أراد بيعها كالحطب والكلأ والملح...»[٨] ثم عقب بعد ذلك على مسألة ماء البئر المستنبطة وماء العيون المملوكة بقوله: «وقواعد الشريعة تقتضي المنع من بيع هذا الماء، فإنه إنما كان له حق التقديم في سقي أر ضه من هذا الماء المشترك بينه وبين غيره، فإذا ا ستغنى عنه لم يجز له المعاوضة عنه، وكان المحتاج إليه أولى به بعده...»[٩] .

---

(١) الروض النضير: (٣/ ٣١٠) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (١٠/ ٤٧٢)، في باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة من كتاب المساقاة، برقم: (٣٩٨٠) .

(٣) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم: (١٠/ ٤٧٣)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٤٠) .

(٤) انظر: زاد المعاد: (٥/ ٨٠١)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٧٥) .

(٥) انظر: المصدر السابق: (٥/ ٨٠٣) .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٧٥) .

(٧) المقصود بالحديث هو الناس شركاء في ثلاث: ... .

(٨) زاد المعاد: (٥/ ٧٩٨) وما بعدها .

(٩) زاد املعاد: (٥/ ٨٠٢) .

=

الذي يظهر لي والعلم عند الله ﷻ أنه لا يكون مملوكًا لصاحبه، لأن أحاديث اشتراك الناس في الماء ظاهرة، وقواعد الشريعة تقتضي ذلك كما أشار إليه الإمام ابن القيم -رحمه الله- .

الخامس: ماء بئر حفرت في أرض موات: إن صاحبه أحق به من غيره بمقدار ما يسقي دوابه وأهله، وما فاض عن حاجته وجب عليه بذله لغيره في حال الطلب بغير عوضٍ(١) .

ثانياً-الاستيلاء على النار:

أ- المقصود بالنار في قوله عليه الصلاة والسلام: الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار:

اختلف العلماء في مدلول النار في الحديث المذكور على ثلاثة أقوالٍ(٢):

الأول: المراد بالنار الاستصباح بها والاستضاءة بضوئها، وهي بهذا المعنى لا خلاف بين الفقهاء في أنها لا تختص بصاحبها(٣) .

الثاني: أن المراد هو الحجارة التي توري النار إذا كانت في موات الأرض وعلى هذا فإنها لا تختص بأحد من الناس(٤) .

الثالث: أن المراد بها الشجر الذي يحطبه الناسُ .

وهذا فيه تفصيل لدى الفقهاء -رحمهم الله- قالوا: فإن كان الشجر ونحوه ما يزال في الصحراء المباحة التي ليست ملكًا لأحد قام بإعدادها واستنابتها لغاية يريدها فإنها في هذه الحالة مباحة للجميع، ويجوز لكل واحدٍ ممن يجوز له التملك أن يحوزها وأن يستفيد من نارها إذا أضرمها أحد من الناس، وأما إذا أحرزه بالاحتطاب، واستولى عليه استيلاءً شرعيًا فهو له، يجوز له بيعه ومنع غيره منه(٥) .

قال الصنعاني: والأقرب أنه أريد بها النار حقيقة(٦) .

وعلى هذا ذكر أصحاب مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٢٦١): «إذا أوقد نارًا في ملكه فله أن يمنع

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٨٨)، والإشراف على مسائل الخلاف: (٢/ ٧٨-٧٧)، وزاد المعاد: (٥/ ٨٠٢)، والذخيرة: (٥/ ٢٢٨) .

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤٤٩) .

(٣) انظر: هذه الأقوال في نيل الأوطار: (٥/ ٣٤٤)، وسبل السلام: (٣/ ١٨٣) .

(٤) انظر: المصادر السابقة .

(٥) انظر تفصيل الكلام في المسألة في: نيل الأوطار: (٥/ ٣٤٤)، وشرح الزرقاني على الموطأ: (٤/ ٤٢٥)، وتحفة الأحوذي: (٣/ ٣٥٦)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١٦٣)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٤٠)، وشرح المجلة للأتاسي: (٤/ ١٩٣-١٩٢).

(٦) سبل السلام: (٣/ ١٨٣) .

=

غيره من الدخول إلى ملكه والانتفاع بها، -لأنه لا شركة لغيره فيه- أما إذا أوقد نارًا في صحراء ليست بملكه، فلسائر الناس أن ينتفع بها وأن يدفأ بها وأن يخبط شيئًا في ضيائها وأن يشعل قنديله منها، وليس لصاحب النار منعه، لكن بدون إذن صاحبها ليس له أن يأخذ منها جمرًا»[١] .

هذا الذي ذكروه أقرب إلى مدلول النار في الحديث المذكور والله أعلم .

ب- حكم الاستيلاء عليها:

إذا ثبت أن المقصود بالنار في الحديث هو النار حقيقةً فعلى هذا فالنار التي أضرمت في حطب مباحٍ لا يجوز تحجرها وليس للإمام اقطاعها لأحدٍ، فلو أشعل إنسان نارًا في حطب مباحٍ لم يمنع أحد من الانتفاع بها ولا الاستصباح منها .

أما إذا أ شعلها في حطب يملكه فله أن يمنع من الأخذ منها، ولكن ليس له أن يمنع من الا صطلاء بها أي التدفي بها ولا الاستصباح منها، فلغيره أن يستضيء بها، أو يشعل منها[٢] .

٧- ومنها: الصيد والاحتطاب:

أولًا: يطلق ويراد به الاصطياد، وهو اقتناص الحيوان المباح الذي لا مالك له سواء أكان ذلك باليد أم بواسطة الآلة. والصيد من الوسائل البدائية الأولى في حياة البشرية، ولا يزال حتى الآن موردًا اقتصاديًا مهمًا كصيد السمك، والإسفنج ونحو ذلك من صيد البر .

وقد سبق تفصيل ذلك عليه عند الكلام على الاستيلاء[٣] .

ثانيًا: الاحتطاب: هو أن يجمع الحطب، والحطب ما أعدَّ من الشجر شبوبًا للنار[٤]، وهو من أ سباب الملكية، وصورة من صور الاستيلاء .

يقول أ صحاب المجلة العدلية: «المادة: (١٢٥٣): يـ سوغ الاحتطاب من أ شجار الجبال المباحة لكائن من كان، ويملك الحطب بمجرد الاحتطاب أي بجمعه، والربط ليس بشرطٍ»[٥] .

وعلى هذا إذا جمع إنسان أحطابًا من الجبال المباحة، وتركها فيها فجاء غيره وأخذها فلذلك الإنسان أن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٨٢)، المادة: (١٢٦١) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٦٣)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٤٠) .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٢٨٥-٢٨٤) .

(٤) التعريفات الفقهية للبركتي: ص(١٦١) .

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٨٠) .

=

يستردها منه؛ لأنه بمجرد الاحتطاب صار مالكًا لها، ولا يشترط شدها وربطها[١].

والاحتطاب هو الاستيلاء على الأحطاب المباحة سواء كان من الصحاري أو غيرها.

ويدخل في هذا الاحتشاش وهو أن يجمع الحشيش وهو أن يجمع الحشيش، والحشيش ما يبس من الكلأ[٢]، وكذلك الاقتطاف وهو أن يجمع الفواكه والقطوف.

يقول أصحاب المجلة: «لكل واحدٍ كائنًا من كان -أن يقطف فاكهة ما لا صاحب له من الأشجار التي في الجبال المباحة، وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها»[٣].

فالإحراز بالاحتطاب أو الاقتطاف يفيد الملك لدى الفقهاء ويدل عليه حديث الرجل الذي نهاه عن السؤال وقال له: «**والذي نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتي رجلًا فيسأله أعطاه أو منعَه**»[٤].

فدل الحديث على أن بيع الحطب حال الإحراز جائز، فهو دليل التملك، فلو لم يتملك لما جاز بيعه، والله أعلم بالصواب.

و لذلك لو جمع إنسان حطبًا أو عشبًا من الفلوات ثم ربطه حزمًا أو كوّمه أكوامًا ليحمله فهو أحق به من غيره، وهو مالكه[٥].

٨-**ومنها:** مسألة شركة الأبدان، وهي تخرج على هذا الأصل عند فقهاء الحنفية وغيرهم[٦].

٩- ومنها: تملك المسلمين بأموال الكفار بالغلبة و القهر. ويأتي بيان المسألة على الوجه التالي:

سبق البيان أن المسلمين يملكون أموال الكفار بالتغلب و القهر عليهم و هم يملكون بهذه الطريق الأموال الآتية:

أولاً: - **الغنيمة:** وهي في اللغة: الفوز بالشيء بلا مشقة، مشتقة من الغنم: وهو الربح[٧]، واصطلاحًا: ما

---

(١) انظر: المصدر السابق: (٢/ ٦٨١).

(٢) التعريفات الفقهية: ص(١٦١).

(٣) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٨٢)، مادة رقم: (١٢٥٩).

(٤) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه: (٢/ ٥٣٥) في باب الاستعفاف عن المسألة من كتاب الزكاة، برقم: (١٣٧٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (٩/ ٤١٥).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٥٢-١٥١)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ١١١).

(٧) انظر: الصحاح للجوهري: (٥/ ١٩٩٩)، والقاموس المحيط: ص(١٤٧٦)، والمصباح المنير: ص(١٧٣)، والمعجم الوسيط: =

أخذ من أموال أهل الحرب عنوةً بطريق القهر والغلبة[1] .

ويثبت حق الغانمين في تملك الغنائم بمجرد الأخذ والا ستيلاء وإن لم تحرز بدار الإ سلام وإن لم تقسم بين الغانمين .

٢-**الفيء**: وهو في اللغة: من فاءَ الرجلُ يفيء فيئًا: إذا رَجَعَ، ومنه قول الله سبحانه في التنزيل: ﴿ﮩﮪﮫﮬﮭ ...﴾[2]، وفاء المُولي فيئةً: رجع عن يمنيه إلىٰ زوجته، وله علىٰ امرأته فيئة: أي رَجْعَة[3] .

وفي الاصطلاح: كل مالٍ وَصَلَ من المشركين عفوًا من غير قتالٍ ولا بإيجاف خيل ولا ركاب، كما الهدنة، والجزية، وأعشار متاجرهم أو كان واصلًا بسبب من جهتهم كمال الخراج[4] .

ويثبت حق أهل الفيء في تملك الفيء بالأخذ أيضًا[5]، وأهل الفيء: هم ذو الهجرة الذابون عن البيضة والمانعون عن الحريم، والمجاهدون للعدو[6] ويسمىٰ أهل الفيء علىٰ عهد رسول الله ﷺ مهاجرين[7] .

٣-**النفل**: وهو في اللغة عبارة عن الزيادة[8]، ومنه نفل الصلاة وهو ما زِيد علىٰ الفرض[9] وقول الله ﷻ: ﴿ﯔﯕﯖﯗﯘﯙ﴾[10] كأنه سأل الله ولدًا فأعطاه ما سأل وزاده ولد الوَلَد، وسمىٰ ولد الولد نافلةً؛ لأنه زيادة علىٰ الولد الصلبي[11] .

وفي **الاصطلاح**: عبارة عم خصَّه الإمام لبعض الغزاة تحريضًا لهم علىٰ القتال[12]، وقيل: زيادة تزاد علىٰ سهم

ص(٦٦٤) .

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٧)، وآثار الحرب: ص(٥٥٦)، والشرح الكبير: (١٠/ ١٩٥٠)، مع المقنع، كتاب التعريفات: ص(١٦٣-١٦٢) .

(٢) الآية: (٩) من سورة الحجرات .

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(٦٣)، والمصباح المنير: ص(١٨٥) .

(٤) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٢٦)، والأحكام السلطانية لأبي يعلىٰ: ص(١٣٦)، والتعريفات الفقهية: ص(٤١٧) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٧) .

(٦) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٢٧)، والأحكام السلطانية لأبي يعلىٰ الفراء: ص(١٣٨) .

(٧) انظر: المصدرين السابقين .

(٨) انظر: المصباح المنير: ص(٢٣٦) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٥٣) .

(١٠) الآية: (٧٢) من سورة الأنبياء .

(١١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٤)، والمغني: (١٣/ ٥٣) .

(١٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥)، والكليات للكفوي: ص(٦٦٩) .

=

الغازي[1]، وسُمِّي نفلًا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة[2] والتنفيل: هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الإمام من أصاب شيئًا فله ربعه أو ثلثه .

فالنفل هو الزيادة على المقدار المعين في الغنيمة، وذلك لأن صاحبه يأخذه زيادة على ما يستحقه من الغنيمة وذلك بسبب قيامه بعمل زائد عن عمل الجماعة التي معه، وبذله مجهودًا أكثر من غيره، والحكمة في ذللك -والله أعلم- تشجيع ذوي الجهد والبذل والنصح المتناهي في القتال وتعويضهم عما يلاقونه من التعب دون غيرهم[3] .

والأصل في هذا قول الله جل شأنه: ﴿ﭽﭾﭿﮀﮁﮂ﴾[4] وأنه لا ينبغي للإمام أن ينفل لكل المأخوذ؛ لأن التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغانمين عن النفل أصلًا، لكن مع هذا لو رأى الإمام المصلحة في ذلك ففعله مع سريةٍ جاز لأن المصلحة قد تكون فيه في الجملة[5] .

٤-**السَلب**: وهو في اللغة: من سلبَ يسلُب سَلْبًا: انتزعه قهرًا وفلانًا: أخذ سلبه، وجرده من ثيابه وسلاحه[6] .

وفي الأصطلاح اختلاف بين الفقهاء -رحمهم الله- في مفهوم السلب، وبيان ذلك على النحو التالي:

فالحنفية قالوا: السلبُ هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي ركبها بسرجها وآلاتها وما كان معه من مالٍ في حقيبة على الدابة أو على وسطته، وأما حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلبٍ[7] .

والمالكية قالوا: هو الموجود مع المقتول حال الحرب كسلاحه وثيابه، ودابته المركوبة له أو الممسوكة بيده أو يد غلامه للقتال لا سوارٌ بيد الحربي أو معه وطوق برقبته أو معه، وصليب من عين وذهب أو فضة وتاج وقرط ونحوها من عين أو جوهر ودابة جنيب أمامه للزينة[8] .

والشافعية قالوا: والسلب الذي يكون للقاتل كل ثوب يكون عليه وسلاحه ومنطقته وفرسه إن كان راكبه

---

(١) انظر: المغني: (١٣/ ٥٣) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥) .

(٣) انظر: قيود الملكية الخاصة: ص(٢٦٧) .

(٤) الآية: (٦٥) من سورة الأنفال .

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥) .

(٦) انظر: المصباح المنير: ص(١٠٨)، والمعجم الوسيط: ص(٤٤٠) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥) .

(٨) انظر: بداية المجتهد: (١/ ٤٦٢)، وشرح منهج الجليل: (٣/ ١٨٦) .

=

أو ممسكه وكل ما أخذ من يده[١] .

والحنابلة قالوا: إن السلب ما كان القتيل لابسًا له، من ثياب وعمامةٍ وقلنسوةٍ، ومنطقةٍ ودرعٍ ومغفر، وبيضةٍ وتاجٍ وأسورة ورأنٍ[٢] وخف بما في ذلك من حلية ونحو ذلك لأن المفهوم من السلب اللباسُ وكذلك السلاحُ من السيف والرمح، والسكين واللتّ ونحوه؛ لأنه يستعين به في قتاله فهو أولىٰ بالأخذ من اللباس[٣] .

والدابة ليست من السلب في رواية عن الإمام أحمد اختارها أبو بكر لأن السلب ما كان علىٰ يديه والدابة ليست كذلك[٤] . وظاهر كلام الخرقي -رحمه الله- يقتضي أن تكون الدابة وما عليها من الآلات من السلب[٥] .

والأصل في هذا ما رواه عوف بن مالك قال: خرجتُ مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مدديٌّ من أهل اليمن، فلقينا جموع الروم، وفيهم رجل علىٰ فرسٍ أشقر، عليه سرج مذهب، وسلاح مذهب، فجعل يغري بالمسلمين، وقعدَ له المددي خلف صخرةٍ، فمر به الرومي، فعرقب فرسه، فغلاه، فقتله، وحاز فرسه وسلاحه، فلما فتح الله للمسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ من السلب قال عوف: فأتيتُه، فقلت له: يا خالد أما علمتَ أن رسول الله ﷺ قضىٰ بالسلب للقاتل؟ قال بلىٰ[٦]، وفي روايةٍ: فلما قدم المدنية استعدىٰ رسول الله ﷺ، فدعا خالدًا، فقال رسول الله ﷺ: «**ما منعك يا خالدُ أن تدفع إلى هذا سلب قتيله؟ قال: استكثرته له، قال: فادفعه إليه**»[٧] .

وعلىٰ هذا ما يكون سلبًا ما ظهر عليه في الوقعة من مال المقتول.[٨] .

وإذا ثبت هذا فمتىٰ يستحق القاتل سلب القتيل؟

---

(١) هذا قول الإمام الشافعي في مختصر المزني، انظر: مختصر المزني مع الحاوي: (٨/ ٣٩٨) .

(٢) الرأن كالخف إلا أنه لا قدمَ له وهو أطول من الخف .

(٣) انظر: المغني: (١٣/ ٧٢) .

(٤) انظر: المغني: (١٣/ ٧٣) .

(٥) انظر: المغني: (١٣/ ٧٢) .

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٧٤-١٣٧٣)، في باب استحقاق القاتل سلب القتيل، من كتاب الجهاد والسير .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٣/ ١٦٣)، وما بعدها في باب في الإمام يمنع القاتل الـ سلب إن رأىٰ، والفرس والـ سلاح من السلب من كتاب الجهاد، برقم: (٢٧١٩). والحديث صحّحه الألباني في صحيح أبو داود: (٢/ ٥١٩) برقم: (٢٣٦٢) .

(٨) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ٣٩٩) .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يستحق القاتل سلب قتيله بأخذه سواءً قال ذلك الإمام أو لم يقل، وسواء شرطه الإمام له أو لم يشترطه، ولا يخمسه.

هذا مذهب الشافعية[1]، والحنابلة[2]، وبه قال: الأوزاعي والليث وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور[3].

أدلة القول الأول:

١-استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «**من قتَل قتيلًا فله سلبه**»[4].

قالوا: هذا من قضايا رسول الله ﷺ المشهورة التي عمل بها الخلفاء بعد.

٢-ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الإمام واجتهاده، فلم يفتقر إلى شرطه كالسهم[5].

القول الثاني: أنه لا يستحق القاتل السلب بمجرد أخذه إلا إذا شرط له الإمام ذلك.

هذا مذهب الحنفية[6]، وبه قال الثوري[7].

أدلة القول الثاني:

١-استدلوا بما رواه عوف بن مالك الأشجعي قال: خرجت مع زيد بن حارث في غزوة مؤتة، ورافقني رجل من أهل اليمن، فقتل روميًا فأخذ سلبه، فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد، فأخذ منه السلب، فأتيته فقلت: يا خالد، أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى، ولكني استكثرته، قلت: لتردّنه عليه أو لأعرفنكم عند رسول الله ﷺ أن يردّه، فاجتمعنا عند رسول الله ﷺ، فقصصتُ عليه قصة اليمني، فقال رسول الله ﷺ يا خالد ارددُه عليه، قال عوف: فقلت يا خالد ألم أقل لك؟ فقال رسول الله ﷺ وماذا؟ فأخبرته، فغضب وقال: يا خالد

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ٣٩٣) وما بعدها، ومغني المحتاج: (٣/ ٩٩)، والأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٣٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٧٠) وما بعدها، والأحكام السلطانية للفراء: ص(١٥٠).

(٣) انظر: المغني: (١٣/ ٧٠).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ١١٢)، (٥/ ١٩٦) في باب من لم يخمس الأسلاب ... من كتاب الخمس وفي باب قول الله تعالى: ﴿ ۀ ہ ہ... ﴾ من كتاب المغازي، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٧١)، في باب استحقاق القاتل سلب القتل من كتاب الجهاد.

(٥) انظر: المغني: (١٣/ ٧٢).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥)، وفتح القدير: (٤/ ٣٣٣)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٢٥٨).

(٧) انظر: المغني: (١٣/ ٧٠).

=

لا ترده عليه، فهل أنتم تاركون لي أمرائي؟ لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره»[١] .

قالوا: فلو استحقه القاتل لما استجاز أن يمنعه منه لغضب ولا غيره .

٢-وبما روىٰ شبر بن علقمة قال: بارزتُ رجلًا يوم القادسية، فقتلته، وأخذت سلبه، فأتيت به سعدًا فخطب سعد أصحابه، وقال: إن هذا سلب شبر خير من اثني عشر ألفًا، وإنا قد نفلناه إيّاه[٢] .

قالوا: لو كان السلب حقًا له لم يحتج إلىٰ أن ينفله له سعد رضي الله عنه .

٣-ولأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من سلب البراء[٣] ولو كان حقًا له لم يجز أن يأخذ منه شيئًا .

٤-ولأن النبي ﷺ دفَعَ سلب أبي قتادة إليه من غير بنية ولا يمين[٤] .

٥-قالوا: كل مالٍ يستحق بالتحريض علىٰ القتال يجب أن يتعلق استحقاقه بشرط الإمام كالنفل[٥] .

٦-ولأن السلب لو استحق بالقتلِ لوجبَ إذا قتل موليًا أو رماه من صفة بسهم فقتله أن يستحق سلبه، فلما ثبت أنه لا يستحقه مع وجود القتلِ ثبت أنه لا يستحق بالقتل[٦] .

٧-ولأن السلب لو صارَ بالقتل ملكًا للقاتلِ لوجبَ إذا وجد قتيلًا عليه سلب لا يعرف قاتله أن لا يغنم به؛ لأنه قد صار ملكًا لمسلم لا يعرف، وفي إجماعهم علىٰ قسمة في الغنيمة دليل علىٰ أنه غير مستحق بالقتل[٧] .

القول الثالث: أنه لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا أن ينفله له الإمام بعد انقضاء الحرب بطريق الاجتهاد، وأنه من جملة الأنفال، وللإمام أن يخمسه إذا شاء[٨]، وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ٦٦-٦٥) في باب في الإمام يمنع القاتل السلب إن رأىٰ ... من كتاب الجهاد، والإمام أحمد في المسند: (٦/ ٢٦)، وسعيد بن منصور في سننه: (٢/ ٢٦١-٢٦٠) في باب النفل والسلب في الغزو والجهاد من كتاب الجهاد .

(٢) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ: (٦/ ٣١١)، وسعيد بن منصور في سننه: (٢/ ٢٥٨)، وعبد الرزاق في المصنف: (٥/ ٢٣٥-٢٣٦)، وابن أبي شيبة في المصنف: (١٢/ ٣٧١-٣٧٠، ٣٧٣) .

(٣) الأثر أخرجه البيهقي في السنن: (٦/ ٣١١-٣١٠)، وسعيد بن منصور في سننه: (٢/ ٢٦٣)، وعبد الرزاق في المصنف: (٥/ ٢٣٣)، وابن أبي شيبة في المصنف: (١٢/ ٣٧٢-٣٧١) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٤/ ١١٣-١١٢)، (٥/ ١٩٧-١٩٦) من كتاب فرض الخمس وكتاب المغازي، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٣٧١-١٣٧٠) في باب استحقاق القاتل سلب القتيل من كتاب الجهاد والسير .

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ٣٩٤) .

(٦) انظر: المصدر السابق .

(٧) انظر: المصدر السابق وكذلك بدائع الصنائع: (٧/ ١١٥) .

(٨) انظر: بداية المجتهد: (١/ ٤٦١)، وشرح منح الجليل: (٣/ ١٨٧-١٨٦)، والفروق للقرافي: (٣/ ١٧) .

=

جملة الغنائم، ويكون القاتل وغيره في السلب سواء . وهذا مذهب المالكية[١] .

دليل هذا القول :

واستدل أصحاب هذا القول بما استدل أصحاب القول الثاني، واستدلوا على تخميس السلب بقوله تعالى: ﴿ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ... ﴾[٢] .

ولأنه مال مغنوم فأشبه سائر الغنائم[٣] .

الذي يظهر لي من خلال هذه الدراسة أن القاتل يستحق السلب سواء في ذلك قال ذلك الإمام أو لم يقل، ولكن الأفضل أن يأخذه بإذن الإمام وذلك لما يأتي:

١- لأن القاتل استحقه لجعل النبي ﷺ له ذلك[٤] .

٢- ولأن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني والثالث عليها اعتراضات وردود ذكرها الفقهاء -رحمهم الله-[٥] .

٣- ولأن قوله عليه الصلاة والسلام: «**من قتل قتيلًا فله سلبه**»[٦] . لم يكن على جهة النفل، وإنما كان ذلك على جهة الاستحقاق للقاتل .

وإذا ثبت هذا فإن القاتل يستحق السلب بمجرد القتل، ولكن الأفضل له أن يأخذه بإذن الإمام كما ذكرتُ: قال الإمام أحمد -رحمه الله-: «لا يعجبني أن يأخذ السلب إلا بإذن الإمام»[٧]؛ لأنه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ أمره فيه إلا بإذن الإمام كأخذ سهمه[٨] .

أما الشافعية فقد اشترطوا لاستحقاق السلب أربعة شروط[٩]، وهي:

---

(١) انظر: المصادر السابقة .

(٢) الآية: (٤١) من سورة الأنفال .

(٣) انظر: شرح منح الجليل: (٣/ ١٨٥) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٧٢) .

(٥) انظر تفصيل الردود والأجوبة عليها في الحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ٣٩٤) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ١٧١) وما بعدها .

(٦) سبق تخريجه . في: ص(٦٤٨) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٧٢) .

(٨) انظر: المصدر السابق .

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ٣٩٧) .

الأول: أن تكون الحرب قائمة، والقتال مستمرًا، فإن قتله بعد انقضاء الحرب وانجلاء الواقعة فلا سلب له .

الثاني: أن يكون المقتول مقبلًا على الحرب، سواء كان يقاتل أو لا يقاتل؛ لأنه وإن لم يقاتل فهو رد لمن تقاتل . فأما إن قتله وهو مولي عن الحرب تاركًا لها فلا سلب له إلا أن يكون قد فرَّ فيكون له سلبه؛ لأن الحرب كر، وفرّ .

الثالث: أن يكون القاتل في قتله مغررًا بنفسه إما بأن يقتله مبارزة أو غير مبارزة وإذا خرج القاتل عن صفة فغرر، فأما إذا قتله من الصف بسهمٍ رماه فلا سلب له .

الرابع: أن يكون المقتول ممتنعًا بسلامة جسمه حتى قتل، ليكون في القتل كف لشره، وأما إن كان قد صار بجراحٍ قد تقدمت غير ممتنع فسلبه لمن كفه ومنعَه دون من قتَله .

وصفة الكف الذي يتعلق به استحقاق السلب عند فقهاء الشافعية أن يجتمع فيه شرطان[(١)]:

أحدهما: أن يناله من الجراح ما يعجز معه عن القتال، فيصير به مكفوف الشر .

الثاني: أن لا تطول به مدة الحياة بعد الجراح فيكفى شر رأيه وتدبيره .

أما الحنابلة فقد اشترطوا لاستحقاق السلب أيضًا شروطًا أربعة[(٢)] وهي:

الأول: أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم، فأما إن قتل امرأةً أو صبيًّا أو شيخًا فانيًا أو ضعيفًا مهينًا ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستخف سلبه، قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه خلافًا»[(٣)] .

الثاني: أن يكون المقتول فيه منعة غير مثخن بالجراحِ فإن كان مخثنًا بالجراح فليس للقاتل شيء من سلبه، لأن الذي أثخنه بالجراح قد كفى المسلمين شره[(٤)] .

الثالث: أن يقتله أو يثخنه بجراحٍ تجعله في حكم المقتول، قال الإمام أحمد -رحمه الله-: «لا يكون السلب إلا للقاتل»[(٥)] وإن أسر رجلًا لم يستحق سلبه سواء قتله الإمام أو لم يقتله .

الرابع: أن يغرر بنفسه في قتله، فأما إن رمَاه بسهمٍ من صف المسلمين فقتله فلا سلبَ له .

هذه جملة من الفروع الفقهية التي تؤكد أن الأصل في تملك المباحات هو الأخذ بما يقصد تملكه، والله

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ٣٩٨) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٦٦) .

(٣) المغني: (١٣/ ٦٦) .

(٤) انظر: تفصيل المسائل والفروع في البدائع والصنائع: (٧/ ١١٥)، والحاوي الكبير: (٨/ ٣٩٨)، والمغني: (١٣/ ٦٧-٦٦) .

(٥) انظر: المغني: (١٣/ ٦٧) .

ولي التوفيق .

المبحث الثاني: ضابط: من أحيا أرضاً لم تملك فهي له

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بأسباب الملكية المنشئة، وهو يحوي في طياتها مسائل إحياء الموات وتملكها بالإحياء، والـ ضابط بمدلوله وبمفهومه ينير لنا الطريق إلى معرفة أحكام الأراضي المباحة من حيث تملكها وعدمه .

دراسة الضابط تتكون من الفقرات التالية:

أولًا: الكلام على أصل الضابط ووضعه وألفاظه:

هذا الـ ضابط باللفظ المذكور مما نصّ عليه أبو القا سم الخرقي [١] في مخت صره[٢] قال: «من أحيا أر ضا لم تملك فهي له، وهي نص الحديث النبوي الشريف: **(من أحيا أرضًا ميتةً فهي له)**[٣] وفي لفظٍ: **(من أحيا أرضًا مواتًا في غير حق مسلمٍ فهي له)**[٤]» .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة: (١٢٧٤)[٥]: «من أحيا أرضًا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني صار مالكًا لها وإن أذن السلطان أو وكيله لرجل بإحياء أرض على أن لا يتملكها بل لمجرد الانتفاع بها، فذلك الرجل يتصرف بتلك الأرض كما أذن له ولكنه لا يكون مالكًا لها» .

والضابط بمعناه ومدلوله مما أشار إليه الفقهاء في كتبهم[٦] والله أعلم بالصواب .

ثانيًا: شرح مفردات الضابط و ما يتعلق بها:

أولًا: الإحياء: وقد سبق الكلام عليه في أسباب الملكية وهو عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا

---

(١) انظر: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الخرقي ، صاحب المختصر المعروف في مذهب الإمام أحمد بن حنبل. توفي سنة: ٣٣٤هـ بدمشق.

انظر: طبقات الحنابلة: (٢/ ١١٨-٧٥) و البابة و النهاية: (١١/ ٢١٤).

(٢) مختصر الخرقي: (٨/ ١٤٦) .

(٣) الحديث سبق تخريجه. في ص (١٨٩)

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٤٠-١٣٩) من حديث كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده من كتاب الحرث والمزارعة .

(٥) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٨٨) .

(٦) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(٥٩، ٦٣، ٦٥)، والمهذب للشيرازي: (٢/ ٢٤١)، والأم للشافعي: (٣/ ٢٦٩-٢٦٧)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) .

=

ينتفع بها أحد[١] .

جاء في المقنع[٢]: «وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط أو يجري لها ماءً وقد اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في صفة الإحياء على قولين:

القول الأول: إحياء الأرض ما عُد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرعٍ أو بناءٍ أو إجراء ماءٍ .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥] وهي رواية عن الإمام أحمد اختارها القاضي وغيره[٦] .

وعلى هذا الإحياء ما تعارفه الناسُ إحياءً وعللوا هذا بما يأتي:

١-لأن الشرعَ ورد بتعليق الملك عليه، ولم يبينه، ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع منه إلى ما كان إحياءً في العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف[٧] .

٢-ولأن الشارع لو علَّق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياءً عند أهل العرف[٨] .

٣-ولأن النبي ﷺ لا يعلق الحكمَ على ما ليس إلى معرفته طريق، فلما لم يبينه تعين العرف طريقًا لمعرفته إذ ليس له طريق سواه[٩] .

القول الثاني: إحياء الأرض أن يحوزها بحائطٍ أو يجري لها ماءً أو يحفر فيها بئرًا، والمراد بالحائط أن يكونَ منيعًا .

---

(١) انظر: تفصيل الكلام على الإحياء في حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٧٧)، ومواهب الجليل: (٦/ ٢)، وحاشية البجيري على الخطيب: (٣/ ١٩٢)، ط. دار المعرفة، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦)، والشرح الكبير للمقدسي .

(٢) المقنع لابن قدامة: (١٦/ ١٠٦) مع الشرح الكبير .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٧٧) .

(٤) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ٢)، والقوانين الفقهية: ص(٧٠) .

(٥) انظر: حاشية البحيري: (٣/ ١٩٢)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٥) .

(٦) انظر: الإنصاف: (١٦/ ١٠٧) .

(٧) انظر: الشرح الكبير: (١٦/ ١٠٨) .

(٨) انظر: المصدر السابق .

(٩) انظر: الشرح الكبير: (١٦/ ١٠٩) .

=

وهذا مذهب الحنابلة، وهو ظاهر كلام الخرقي[١] .

جاء في الشرح الكبير[٢]: «أن تحويط الأرض إحياء لها، سواء أراد بها للبناء أو للزرع، أو حظيرة للغنم، أو الخشب» وقد نص على هذا الإمام أحمد فقال: «الإحياء أن يحوط عليها حائطًا أو يحفر فيها بئرًا أو نهرًا»[٣] .

ولا يعتبر في ذلك تسقيف، ويشترط عندهم أن يكون الحائط منيعًا يمنع ما وراءه، ويكون مما جرت العادة بمثله[٤] .

والأصل فيه ما رواه الحسن عن سمرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**من أحاط حائطًا على أرض فهي له**»[٥] .

والله أعلم بالصواب .

ثانيًا: قولهم في الضابط: " أرضًا لم تملك" المقصود به الأراضي غير المملوكة .أو الأراضي التي لم يسبق إليها ملك أحد من المسلمين ومنها الموات .

ويأتي بيان تقسيم الفقهاء للأراضي على الوجه التالي:

١-تقسيم الأراضي من حيث حيازتها وثبوت اليد عليها:

قسم بعض الفقهاء[٦] الأراضي من هذه الحيثية إلى خمسة أقسام:

الأول: الأراضي المملوكة:

هي الأراضي التي يمتلكها أصحابها رقبةً ومنفعة فهي الأراضي الداخلة في الملكية الفردية بسبب من أسباب الملكية يتمتع بها أصحابها بكل مزايا الملكية .

الثاني: الأراضي الأميرية أو الأراضي المقبوضة:

وهي الأراضي التي تكون رقبتها لبيت المال ويجري أمر إحالتها وتفويضها من قبل الدولة، فرقبتها عائدة للدولة، ولكن حق الانتفاع بها عائد للمتصرفين فيها وفق قيود وشروط محددة[٧] .

الثالث: الأراضي الموقوفة:

---

(١) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ١٠٦)، والإنصاف: (١٦/ ١٠٦) .

(٢) انظر: الشرح الكبير: (١٦/ ١٠٦) .

(٣) المصدر السابق: (١٦/ ١٠٧) .

(٤) انظر: المصدر السابق: (١٦/ ١٠٧)، والإنصاف: (١٦/ ١٠٧) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٩)، في «باب في إحياء الموات» من كتاب الإمارة، والإمام أحمد في المسند: (٥/ ١٢-٢١)، صححه الألباني في إرواء الغليل: (٦/ ١٠)، برقم: (١٥٥٤) من حديث الحسن عن سمرة .

(٦) انظر: موجز أحكام الأراضي: ص(١٠-٩) . و الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٣٧٠) وما بعدها.

(٧) انظر: موجز أحكام الأراضي: ص(٢٠-١٩) .و الملكية للشيخ علي الخفيف: ص (٧٥) وما بعدها.

وهي الأراضي التي وقفها مالكوها، فحبست عن التمليك والتملك والرهن ورصد ريعها لجهة معينة وتبقى كذلك إلا أن تستبدل استبدالًا مشروعًا[1].

الرابع: الأراضي المتروكة:

وهي الأراضي التي ترك حق الانتفاع بها لعامة الناس أو لأهالي قرية أو قصبة أو قرى أو قصبات متعددة مع أن رقبتها عائدة لبيت المال[2].

الخامس: الأراضي الموات:

والضابط يتعلق بهذا القسم من الأراضي، ولذا أتحدث فيما يلي عن الأراضي الموات التي يجري فيها الإحياء على الوجه الآتي:

أ- ماهية الموات:

نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة: (١٢٧٠): على أن الأرض الموات: هي الأرض التي ليست ملكًا لأحدٍ ولا هي مرعى، ولا محتطبًا لقصبة أو لقرية وهي بعيدة من أقصى العمران بمعنى أن صدى جهير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التي في طرف تلك القصبة أو القرية»[3].

يفهم من هذا الضابط أنه يجب وجود سبعة شروطٍ حتى تعد الأرض مواتًا[4]:

١-أن تكون تلك الأراضي غير ملك لأحدٍ في دار الإسلام.

٢-أن لا تكون تلك الأرض عائدة للوقفِ.

٣-أن لا تكون تلك الأرض أرضًا أميرية، فإذا كانت الأرض في تصرف أحدٍ بموجب سند تمليك أو كانت أرضًا أميرية محلولة فلا يجوز إيحاءها.

٤-أن لا تكون مرعى لقرية أو قصبة.

٥-أن لا تكون محتطبًا لأهل قرية.

٦-أن لا تكون مقبرة لقرية أو قصبة.

---

(١) انظر: موجز أحكام الأراضي: (٢٧/ ٢٩)، والمدخل إلى نظرية الالتزام: ص(١٧٥).

(٢) معناه: أن بيت المال يشرف على أمور الانتفاع بها وإلا فإن هذا النوع من الأراضي يعتبر من قبيل الملكية العامة. انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤١٢).

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٨٨).

(٤) درر الحكام: (٣/ ٢٩٤).

=

٧-أن تكون بعيدة عن أقصىٰ العمران، ومدار الحكم عند الإمام أبي يوسف هو البعد أي أن تكون بعيدة عن أقصىٰ العمران، وعدم جواز المحلات القريبة من أقصىٰ العمران ولو كانت بلا صاحب . وعند الإمام محمد بن الحسن محور الحكم هو انقطاع الارتفاق أي عدم انتفاع الأهالي منها، سواء كانت قريبة من العمران أو بعيدة عنه[1] .

والموات ضابطها عند فقهاء الشافعية هي الأرض التي لا ماءَ بها، ولا ينتفع بها أحد ما لم يكن عامرًا ولا حريمًا لعامر قرب من العامر أو بعد[2] .

وضبطها فقهاء الحنابلة: بأنها الأرض الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت والمراد بالداثرة التي لم تستخرج ولم تعمر . قال المرداوي: والأضبط في هذا ما قيل: الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك المعصوم[3] .

ولكل مذهب ضابط في ماهية الموات ذكره فقهاء المذهب. والله أعلم بالصواب .

ب-أقسام الموات وأحوالها:

١-قسم الإمام ابن قدامة الموات باعتبار أحكامها إلىٰ قسمين [4] .

القسم الأول: ما لم يجر عليه ملك لأحدٍ، ولم يوجد فيه أثر عمارة، وهذا القسم يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء[5] .

والأصل الذي بين أيدينا يدل علىٰ هذا القسم بالأولية .

القسم الثاني: ما جرىٰ عليه ملك مالك . وهو ثلاثة أنواعٍ:[6]

النوع الأول: ما له مالك معين: وهو ضربان:

الضرب الأول: ما ملك بشراءٍ أو عطيةٍ، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف[7]، ونقل عليه الإجماع ابن عبد

---

(١) انظر: درر الحكام: (٣/ ٢٩٥) .

(٢) انظر: منتقىٰ الينبوع: (٤/ ٣٤٤)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٦) .

(٣) الإنصاف للمرداوي: (١٦/ ٧٧) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) وما بعدها، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٧٧) وما بعدها .

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٧٨)، وتبيين الحقائق للزيلعي: (٦/ ٣٥)، ومواهب الجليل: (٦/ ١١)، والإقناع علىٰ الخطيب: (٣/ ٢٩٥)، والمغني: (٨/ ١٤٦)، والشرح الكبير: (١٦/ ٧٧) .

(٦) انظر: وكذلك روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٥-٣٤٤) .

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧-٤٧٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦)، والشرح الكبير: (١٦/ ٧٧) وما بعدها .

=

البر -رحمه الله- [١] .

الضرب الثاني: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتًا .

اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه، ولا يملك بالإحياء، وهذا قول جمهور الفقهاء[٢].

واستدلوا بما يأتي:

١-بأن هذه الأرض يعرف مالكها فلم تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في رواية أخرى: «**من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد**»[٣] وقول: «**في غير حق مسلم**»[٤] وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه[٥] .

٢-ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت[٦] .

القول الثاني: يملك هذا الضرب من الموات بالإحياء وهذا مذهب المالكية[٧] .

واستدلوا بما يأتي:

١-بعموم قوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[٨] .

٢-لأن أصل هذه الأرض مباح فإذا تركت حتى تصير مواتًا عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء نهر ثم رده فيه[٩] .

قال ابن قدامة: «وما ذكروه يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتًا وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك»[١٠] .

---

(١) انظر: الإجماع لابن عبد البر: ص(١٧٣) .

(٢) انظر: تحفة الفقهاء: (١/ ٣٢٩)، والفتاوى الهندية: (٥/ ٢٧٨)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٤٥)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧-١٤٦)، والشرح الكبير: (١٦/ ٧٧) .

(٣) الحديث سبق تخريجه في بداية هذه المسألة .

(٤) انظر هذا اللفظ في صحيح البخاري: (٣/ ١٤٠) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) .

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٥)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧) .

(٧) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ٢، ١١)، حاشية الرهوني: (٧/ ٩٧، ٩٩) .

(٨) سبق تخريجه في: ص(١٨٩) .

(٩) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ٢، ١١) .

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) .

النوع الثاني: ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي وهذا ضربان أيضًا[١]:

الضرب الأول: أن يكون قد خرب قبل الإسلام، حتى صار مواتًا مندرسًا كآثار الروم ومساكن ثمود وأرض عاد وتُبَّع ونحوها . وهذا كالذي لم يزل مواتًا يملكه من أحياه من المسلمين[٢] .

الضرب الثاني: ما كان باقي العمارة إلى الإسلام ثم خرب وصار مواتًا قبل أن يصير من بلاد الإسلام، فهذا على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه، فهذا يملك بالإحياء، كالذي لم يزل مواتًا[٣] .

الوجه الثاني: أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالإحياء[٤] .

الوجه الثالث: أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم قبل القدرة عليه أم لا؟ ففي جواز تملكه بالإحياء خلاف بين الفقهاء:

اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: هذا يملك بالإحياء وهو كالذي جهل حاله، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية في المذهب[٧]، والحنابلة[٨] .

واستدلوا بما يأتي:

١- لأن ذلك الملك لا حرمة له .

٢- وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**عادي[٩] الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم**»[١٠] .

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٧٧) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧)، والحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٧٧) .

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٧٧) .

(٤) انظر: المصدر السابق .

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٧٨)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٥)، وشرح المجلة: (٧/ ٦٨٨) .

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٤٥) .

(٧) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٤٧٧) .

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) وما بعدها، والشرح الكبير: (١٦/ ٧٧) وما بعدها .

(٩) قال أبو عبيد: عادي الأرض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها إلى عاد؛ لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم إليهم . الأموال: ص(٢٧٢) .

(١٠) سبق تخريجه في: ص(٩٩) .

=

القول الثاني: لا يجوز تملكه بالإحياء، وهو وجه للشافعية[1] واحتمال عند الحنابلة[2] .

قال ابن قدامة: «ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامرًا فاستحقوه فصار موقوفًا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه»[3] .

النوع الثالث: ما جرىٰ عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معين .

ولقد اختلف الفقهاء في هذا النوع علىٰ قولين:

القول الأول: أنها لا تملك بالإحياء وهو مذهب الشافعية[4]، والحنابلة[5] وهو ظاهر كلام الخرقي[6] .

واستدلوا بما يأتي:

١-بقوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا في غير حق مسلم فهي له**»[7] فقيده بكونه في غير حق مسلم .

٢-ولأن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معينًا فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون[8] .

القول الثاني: أنها تملك بالإحياء . وهو مذهب الحنفية[9]، والمالكية[10]، وهي رواية عند الحنابلة[11] .

واستدلوا بما يأتي:

١-بعموم الأخبار الدالة علىٰ تملك الموات بالإحياء .

٢-ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك[12] .

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧) .

(٣) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧) .

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٥)، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧)، والإقناع: (٣/ ٢٩٥) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٧٧) .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦) .

(٧) الحديث باللفظ المذكور: أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ١٤٠-١٣٩) في باب من أحيا أرضًا مواتًا من كتاب الحرث .

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧) .

(٩) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٧٨) وما بعدها، وتحفة الفقهاء: (١/ ٣٢٩) .

(١٠) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ١٢)، والقوانين الفقهية: ص(٧١) وما بعدها .

(١١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨)، والشرح الكبير: (١٦/ ٧٧) .

(١٢) انظر: الشرح الكبير: (١٦/ ٧٩) .

=

٣-ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهي كلقطة دار الإسلام وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز[١] .

الذي يظهر لي من خلال هذا البيان هو التمسك بالأصل الذي بين أدينا وهو كل ما يطلق عليه الموات يجوز إحياؤه وتملكه وإن كان عامرًا ما لم يكن له مالك معين أو من يدعي بملكه وذلك لدلالة الحديث عليه، ولأن الإحياء يفيد الملك فيما لم يجر عليه ملك لأحدٍ، والله أعلم بالصواب .

ج-شروط إحياء الموات:

سبقت الإشارة إلى أن الإحياء الذي يتعلق به الملك يكون المرجع فيه العرف وإن حصل الخلاف بين الفقهاء فيما يكون به الإحياء[٢] إلا أن أقوالهم يمكن ضبطها فيما جرت به العادة[٣] ولكنهم اختلفوا في بعض شروطه .

الأول: لا بد أن يتعلق بالإحياء العمل، وليس القصد وما في معناه يقوم مقام الإحياء[٤] .

الثاني: أن لا يسبق إليه أحد بإحياء، فإن سبقه غيره فهو أحق به[٥] .

الثالث: اختلفوا في مسألة هل يشترط في الإحياء إذن الإمام أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الإحياء لا يشترط فيه إذن الإمام، فمن أحيا أرضًا مواتًا ولو بغير إذن الإمام ملكها وهذا مذهب الشافعية[٦] والحنابلة[٧]، وإليه ذهب الصاحبان من الحنفية[٨] .

واستدلوا بما يلي:

١-بعموم قوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[٩] .

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨) .

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية: (٥/ ٣٨٦)، والتاج والإكليل: (٦/ ١٢)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٧٠-٦٩)، وحاشية القليوبي: (٣/ ٩٠، ٩٩)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧) .

(٣) انظر: الإنصاف: (١٦/ ١٠٧)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٥٤)، وهو القول الذي رجحه النووي في الروضة .

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٥٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥١) .

(٥) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٥٣-٣٥٢)، والمغني: (٨/ ١٥٢-١٥١) .

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤)، والإقناع: (٣/ ١٩٥) .

(٧) انظر: الشرح الكبير: (١٦/ ٨٧)، والإنصاف: (١٦/ ٨٥)، والمغني: (٨/ ١٨٣-١٨٢) .

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٨٢)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٥) .

(٩) سبق تخريجه في: ص(١٨٩) .

٢-ولأن هذا عين مباحة، فلا يفتقر تملكها إلىٰ إذن الإمام، كأخذ الحشيش والحطب[١] .

القول الثاني: إنه يشترط إذن الإمام في الإحياء، سواء كانت الأرض المواتُ قريبة من العمران أم بعيدةً، وهو قول الإمام أبي حنيفة[٢] .

واستدل بما يأتي:

١-بقوله ﷺ: «**ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه**»[٣] .

٢-ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفار ثم صارت في أيدي المسلمين فصارت فيئًا، ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الإمام، كالغنائم[٤] .

٣-ولأن إذن الإمام يقطع المشاحة .

القول الثالث: يشترط إذن الإمام في الأراضي القريبة من العمران، وأما في الأراضي البعيدة عن العمران ففيها طريقان:

الأول: إنه لا يفتقر لإذن الإمام .

الثانية: إنه يحتاج للإذن، وهذا مذهب المالكية[٥] .

والمفهوم من نصوص المالكية أن العبرة بما يحتاجه الناسُ وما لا يحتاجونه، فما احتاجوه فلا بد فيه من الإذن، وما لا فلا[٦] .

الذي يظهر لي هو القول بعدم اشتراط إذن الإمام، وذلك لدلالة الحديث عليه والله أعلم بالصواب.

الرابع: اتفقوا علىٰ أنه لا بد من القصد العام للإحياء[٧]، واختلفوا هل يشترط في الإحياء أن يقصد المحيي منفعة خاصة في المحيا أو يكفي أن يهيئ الأرض تهيئة عامة بحيث تصير صالحة لأي انتفاعٍ من زراعة أو بناءٍ

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٨٢)، والشرح الكبير: (١٦/ ٨٧) .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٨٢)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٥) .

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في معرفة السنن الآثار: (١٠/ ١٧٤) في باب إحياء الموات، والطبراني في المعجم الكبير: (٤/ ١٠)، وفي المعجم الأوسط: (١٥/ ١٦)، قال البيهقي هذا إسناد لا يحتج به . انظر: الدراية: (٢/ ١٢٨، ٢٤٤) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٨٢) .

(٥) انظر: مواهب الجليل: (٦/ ١١)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٦٩)، والمنتقىٰ: (٦/ ٢٩) .

(٦) انظر: المصادر السابقة .

(٧) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(٦٤)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٦٢)، وبلغة السالك: (٢/ ٢٩٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٦١) .
=

أو حظيرة للغنم أو نحو ذلك؟[1]

اختلفوا على قولين:

القول الأول: إنه لا يشترط في الإحياء توفر القصد الخاص، بل يكفي القصد العام وهو الانتفاع على أي وجه، وهذا مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، والحنابلة[4] .

القول الثاني: اعتبار القصد الخاص في الإحياء و يختلف باختلاف المقصود منه. وهذا مذهب الشافعية[5] .

الذي يظهر لي هو القول بعدم ا شتراط القصد الخاص؛ لأن المقصود من الإحياء هو تهيئتها للانتفاع الذي أريد له، ولأن العادة محكمة في مثل هذه الأمور. والله أعلم بالصواب .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط بالصيغة المذكورة تدل على أن من قام بإحياء أرض من الأراضي الموات فإنه يملكها بالإحياء، وذلك لأن الإحياء في الموات سبب من أسباب الملك، وإحياء الموات لا بد أن يتوفر فيه الشروط التي اعتبرها الفقهاء، والضابط بعموم دلالته يقرر أن من أحيا أرضًا ميتة لم يسبق إليها ملك أحدٍ من المسلمين أو لم يجر عليها لأحد من قبل، ولم يوجد فيها أثر عمارة فإنه يملكها مسلمًا كان أو كافرًا، بإذن الإمام أو غير إذنه، في دار الإسلام وغيرها .

والضابط بمفهومه يدل على أن الإحياء لا يؤثر في غير الموات، فمن أحيا أرضًا مملوكة أو أرضًا عليها أثر الملك فإنه لا يملكها بإحيائها، وعلى هذا الإحياء يعتبر سببًا من أسباب الملك إذا كان في الأراضي الموات. والله أعلم بالصواب .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار الضابط والأدلة عليه:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الضابط بناءً على اختلافهم في إحياء الموات على قولين:

القول الأول: صحة الضابط بالصيغة المذكورة، وبإطلاقه المذكور، وهذا مذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7]

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: (٢/ ٢٨٤) وما بعدها.

(٢) انظر: كتاب الخراج لأبي يوسف: ص(٦٥) .

(٣) انظر: التاج والإكليل: (٦/ ١٢)، وحاشية الرهوني: (٧/ ٩٧) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٧٧) .

(٥) انظر: حاشية البجيري: (٣/ ١٩٨) .

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٧) وما بعدها، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤) وما بعدها .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٦-١٤٥)، والشرح الكبير: (١٦/ ٨٣-٨٢)، والإنصاف: (١٦/ ٨٣-٨٢) .

=

واستدلوا بقوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتةً فهي له**»[١] وبقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك في خلافته[٢].

القول الثاني: صحة الضابط بإضافةالإذن من الإمام، وهو مذهب الحنفية[٣] والمالكية[٤] إلا أن المالكية قالوا باشتراط الإذن إذا كانت الموات قريبة من العمران .

الذي يظهر لي هو صحة الضابط بصيغته المذكورة لدلالة النص عليه. والله أعلم بالصواب .

خامسًا: الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط:

الضابط يحوي في طياته فروعًا فقهية كثيرة من مسائل الإحياء أذكر هنا جملة:

١-**منها**: لو أحيا رجل أرضــاً ميتة لم يجر عليها ملك لأحدٍ بعيدةً عن العمران بإذن من الإمام فإنه يملكها بغير خلافٍ[٥]، وأما لو أحياها وهي قريبة من العمران فإنه يملكها بالإحياء عند جمهور الفقهاء خلافًا للإمام أبي حنيفة، وإن أحياها بغير إذن من الإمام فإنه يملكها عند الشـافعية والحنابلة، وإن أحياها بغير إذن الإمام وهي بعيدة عن العمران فإنه لا يملكها عند الإمام أبي حنيفة، وتفصيل الكلام سبق ذكره[٦] .

٢-**ومنها**: لو أحياها ذمي في بلاد المسلمين فهل يملكها بالإحياء أم لا؟

المسألة بالوجه المذكور له جانبان:

الجانب الأول: لو أحياها ذمي بإذن من الإمام، اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: يملكها بالإحياء، وهو مذهب الحنفية[٧]، والحنابلة[٨]، وقول للمالكية[٩]، ووجه للشـافعية[١٠]، واستدلوا بعموم الحديث السابق .

---

(١) سبق تخريجه من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٧٦) .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٣٨٣)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٥)، ودرر الحكام: (٣/ ٢٩٣) .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٧٠-٦٩)، والتاج والإكليل: (٦/ ١٢) .

(٥) انظر: تبيين الحقائق: (٦/ ٣٥) وما بعدها، ودرر الحكام: (٣/ ٢٩٣) وما بعدها، وحاشية الدسـوقي: (٤/ ٧٠-٦٩)، وروضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤) وما بعدها، والحاوي الكبير: (٧/ ٤٧٩-٤٧٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧-١٤٦)، والشرح الكبير: (١٦/ ٨٢-٨٣) .

(٦) انظر: أقسام الموات، وشروط إحياء الموات .

(٧) انظر: تبيين الحقائق: (٦/ ٣٦) .

(٨) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٨٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨) .

(٩) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٦٩) .

(١٠) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤) .

القول الثاني: لا يملكها، وهو مذهب الشافعية[1]، والمالكية[2] .

لأن موتان الدار من حقوقها، والدار للمسلمين، فكان مواتها لهم، كمرافق المملوك[3] .

الجانب الثاني: إن أحياها الذمي بغير إذن من الإمام، اختلفوا في المسألة على قولين أيضًا:

القول الأول: لا يملكها الذمي بإحيائها من نفسه، وهو مذهب **الحنفية**[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6] .

قال النووي: «ويختص ذلك بالمسلمين، فلو أحياه الذمي بغير إذن الإمام لم يملك قطعًا»[7] .

واستدلوا بقوله ﷺ: «**موتان الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني**»[8] .

حيث أن النبي ﷺ جعل موتان الأرض للمسلمين[9] .

القول الثاني: يملكها الذمي بالإحياء، وهو مذهب **الحنابلة**[10] .

واستدلوا بالحديث السابق .

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لأن الذمي إقامته في بلاد المسلمين مبنية على إذن الإمام، فلا بد له من إذنه عند تملك الموات لما يتعلق به ضرر للمسلمين، والله أعلم بالصواب .

٣-ومنها لو أحيا أرضًا أو بقعة مما تعلق بمصالح القرية كفنائها، ومرعى ماشيتها هل يملكها بالإحياء أم لا؟ اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: لا يملكها بالإحياء وهو مذهب الشافعية[11]، والحنابلة[12] واستدلوا بمفهوم قوله ﷺ: «**من**

---

(١) انظر: المصدر السابق: (٤/ ٣٤٤) .

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٦٩) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨) .

(٤) انظر: تبيين الحقائق: (٦/ ٣٦) .

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٦٩) .

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤) .

(٧) روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٤) .

(٨) الحديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى: (٦/ ١٤٣)، في باب لا يترك ذمي يحييه ... من كتاب إحياء الموات.

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨) .

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٨)، والشرح الكبير: (١٦/ ٨٤) .

(١١) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٨) .

(١٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٩) .

=

أحيا أرضًا ميتة في غير حق مسلم فهي له»[1] .

مفهوم الحديث يدل على أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء، ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله[2] .

القول الثاني: يملك بالإحياء، وهو وجه عند الشافعية[3] .

واستدلوا بعموم الحديث المذكور والله أعلم بالصواب .

٤- ومنها: مسألة التحجير لقصد الإحياء هل يعتبر ذلك إحياء أم لا؟ :

ولقد اختلف الفقهاء في التحجير هل هو من الإحياء، فيفيد الملك، أم ليس من الإحياء، فلا يفيده؟

ويأتي بيان المسألة على الترتيب الآتي:

أولًا: معنى التحجير لغةً، وماهيته:

التحجير لغةً: وضع العلامات أو ضرب الأعلام على قطعة الأرض المراد حيازتها، قال في المصباح المنير: «احتجرتُ الأرضَ: جعلت عليها منارًا وأعلمت علمًا في حدودها لحيازتها»[4] .

ماهية التحجير:

يطلق التحجير ويراد به الشروع في عملية الإحياء أو البدء بنقل الأرض الموات من حالتها المجدبة إلى حالة الخصب وصلاحية الانتاج[5] .

و قال بعضهم أن التحجير هو علامة أو أمارة على إرادة الإحياء لمنع غيره من التجاوز على قطعة الأرض المحازة بتلك الأعلام أو الأمارات[6] .

وذهب بعضهم[7] إلى توسيع نطاق التحجير، فقالوا: «ومن شرعَ في عمل إحياء، ولم يتمه أو علّم على بقعةٍ بنصب أحجار أو غرز خشبًا فمتحجر» .

---

(١) سبق تخريجه في: ص(٦٥٨) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٩) .

(٣) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٤٨) .

(٤) المصباح المنير: ص(٤٧)، والتعريفات الفقهية: ص(٢٢٠) .

(٥) انظر: المغني: (٨/ ١٥١) .

(٦) شرح الهداية: (٨/ ١٣٨) .

(٧) وهم الشافعية، انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٦) .

=

ذكر الأستاذ علي الخفيف: وإذا عمل في الأرض الموات من وضع يده عليها عملًا لا تصير به منتفعًا بها كان ذلك تحجيرًا، كأن يضع عليها علامات تدل على سبق يده إليها، وعلى شروعه في عمارتها، ومن ذلك تسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء، وقطع حشائشها وأشواكها، وحفر بعض مصارفها وإنزال الماء فيها -وفي اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيرًا لا يكسب ملكًا أو عمارة تملك بها- خلاف بين الفقهاء مرجعه إلى العرف[(١)].

ثانياً: حكم التحجير:

التحجير ليس بإحياء، وليس يترتب عليه ملك، ولكن يثبت به حق للمحتجر هو أوليته في إحيائها[(٢)] فيصير المحتجر به أحق الناس بما تحجره، ويدل علهي ما رواه أبو داود وغيره[(٣)]: «أن النبي ﷺ قال: **من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق**».

فإن نقله إلى غيره أصبح الآخرُ بمنزلته في أحقيته على غيره؛ وذلك لأن صاحبه أقامه مقامه[(٤)].

ويحتمل أن يثبت له حق الملكية[(٥)] على أن التحجير شروع في الإحياء؛ لأن وضع العلامات الدالة على إرادة الإحياء دليل على الشروع فيها، فهو عمل مرحلي للوصول إلى الغاية المرادة من الأرض، ويدل عليه ما رواه الحسن عن سمرة بن جندب قال: «**من أحاط حائطًا على أرض فهي له**»[(٦)].

وعلى هذا فهل يجوز له بيعه أم لا؟ على خلاف بين الفقهاء والصحيح أنه لا يصح بيعه؛ لأنه لم يملكه

---

(١) انظر: الملكية للأستاذ علي الخفيف: ص(٣٠٦).

(٢) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(٦٥)، ومجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٩٠)، المادة: (١٢٧٩) مع شرح سليم باز، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥١) وما بعدها، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٦)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٣٩).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٢/ ١٥٨) في باب انقطاع الأراضين من كتاب الإمام، والبيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ١٤٢)، في باب من أحيا أرضًا ميتة من كتاب إحياء الموات. ضعفه الألباني في إرواء الغليل: (٦/ ٩).

(٤) انظر: المغني: (٨/ ١٥٢).

(٥) هذا الاحتمال مبني على ما قاله أبو الخطاب من الحنابلة؛ لأن جواز بيعه يستدعي ثبوت الملك له، انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٢).

(٦) الأثر أخرجه أبو يوسف في الخراج: ص(٦٥)، ويحيى بن آدم القرشي في كتابه الخراج: ص(٩٢) مرفوعًا، وأبو داود في سننه مرفوعًا: (٣/ ٤٥٦) في باب إحياء الموات من كتاب الخراج والإمارة والفيء، برقم: (٣٠٧٧)، والإمام أحمد في مسنده، برقم: (١٩٢٧١)، ورقم: (١٩٣٦٨)، صححه الألباني في إرواء الغليل: (٦/ ١٠).

=

فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به[١]، وكمن سبق إلى معدنٍ أو مباحٍ قبل أخذه .

فإن سبقه غيره فأحياه فهل يملكه أم لا؟ على خلاف بين الفقهاء أيضًا[٢] بناءً على أن التحجر ماذا يترتب عليه شرعًا[٣] .

وقد حدد بعض الفقهاء مدة ثلاث سنواتٍ لمن حجرَ أرضًا يريد إحياءها فإن قامَ بإحيائها أصبحت له، وملكها بهذا السبب، وإلا فإن عليه أن يتركها لغيره من المسلمين ليستفيدوا منها .

ويدل عليه ما رواه الإمام أبو يوسف في الخراج[٤] عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: **من أحيى أرضًا ميتةً فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»** .

وكذلك روى سعيد بن منصور [٥] في سننه[٦] أن عمر ﷺ قال: «من كانت له أرض -يعني من تحجر أرضًا- فعطلها ثلاث سنين، فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها» .

هذا يدل على أن عمر ﷺ جعل مدة التحجير ثلاث سنين، وأنه يثبت له هذا مدة ثلاث سنواتٍ من ابتداء عمله فيها، فإذا مضت دون إحياء سقط حقه، ولأن المتحجر إذا مضى عليه هذا الزمن دون أن يتمكن فيه من الإصلاح دلَّ ذلك على عجزه أو عدم رغبته، وجبَ أن ييسّرَ طريق إحيائها لغيره .

وترك بعض الفقهاء هذه المدة لرأي الإمام- يقول ابن قدامة -رحمه الله- فإن سأل الإمهال لعذرٍ له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ...»[٧] .

وإن تقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه، والله أعلم .

هذه جملة من الفروع المخرجة على الأصل، وهي تضيء لنا الطريق لمعرفة الفروع الفقهية التي تنطبق على

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ١٥٢)، ومجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٦٩٠)، مادة رقم: (١٢٧٥) وما بعدها، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٦٦) .

(٢) انظر تفصيل المسألة في المغني: (٨/ ١٥٢) .

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: ص(٣٠٦) .

(٤) كتاب الخراج: ص(٦٥) .

(٥) انظر: هو أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني ثم البلخي، ثم المكي المجاور، صاحب السنن. سمع من مالك و الليث و روى عنه أحمد بن حنبل و أبو ثور الكلبي أبو بكر الأثرم. توفي بمكة سنة: ٢٢٧ هـ .

انظر: تهذيب التهذيب: (٤/ ٨٩) و تذكرة الحفاظ: (٢/ ٤١٦) و شذرات الذهب: (٢/ ٦٢)

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٣) .

(٧) المغني: (٨/ ١٥٣)، وكذلك انظر: حاشية الباجوري: (٢/ ٣٩) .

الضابط المذكور. والله ولي التوفيق .

المبحث الثالث: ضابط: المعادن الباطنة هل تملك بالإحياء

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بأسباب الملكية المنشئة، وقد سبق الكلام على تلك الأسباب مفصلًا[١]، ومنها: الإحياء، يثبت الملك به في أشياء كثيرة، والضابط بالصيغة المذكورة يلقي الضوء على ملكية المعادن، وبالخصوص المعادن الباطنة، وتأتي دراسة هذا الضابط على الترتيب المذيل:

أولًا: الكلام على أصل هذا الضابط ووضعه وألفاظه:

الضابط باللفظ المذكور أشار إليه صاحب المغني[٢]، وتؤيد معناه ومضمونه عبارات الفقهاء قديمًا وحديثًا، ومنها: قال النووي في روضة الطالبين[٣]: «إذا ثبت هذا فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل؟ قولان: لتردده بين الموات والمعدن الظاهر» .

وفي المهذب[٤]: «وإن سبق إلى معدنٍ باطنٍ وهو الذي لا يوصل إليه إلا بالعمل والمؤنة... فوصل إلى نيله ملك ما أخذه، لقوله ﷺ: **(من سبقَ إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به)**[٥] وهل يملك المعدن؟ فيه قولان: أحدهما: يملكه ... والثاني: لا يملك» .

ثانيًا: شرح مفردات الضابط وما يتعلق بها:

سبق الكلام على تعريف المعادن وأقسامها مفصلًا، والذي يهمنا هنا هو الكلام على المعادن الباطنة، وهي ما كان جوهرها مستكنًا فيها، لا يوصل إليه إلا بالعمل[٦] .

وقال في موضع آخر: « سواء مما يطبع: كالذهب والفضة والحديد، والرصاص والصفر والنحاس أو مما لا يطبع من مائعٍ كالقير والنفط أو حجر كالجواهر والكحل والمغرة»[٧] .

---

(١) انظر: تفصيل الكلام في قاعدة: «من ملك ظاهر الأرض يملك باطنها» . ص(١٦٢) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧-١٥٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٩٥) .

(٣) روضة الطالبين: (٤/ ٣٦٦) .

(٤) المهذب للشيرازي: (١/ ٤٢٥) .

(٥) الحديث سبق تخريجه في: ص(٩٧) .

(٦) انظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى: (ص٢٣٥-٢٣٦) .

(٧) الأحكام السلطانية: ص(١٢٧)، وانظر كذلك في تعريف المعادن الباطنة: الأحكام السلطانية للماوردي: ص(١٩٧)، والمهذب: (١/ ٤٢٥)، وفتح الوهاب: (١/ ٤٣٨)، وكشاف القناع: (٢/ ٢٢٤-٢٢٣)، والمبدع: (٥/ ٢٦١)، والملكية للشيخ أبو زهرة: ص(١٣١) .

=

وهذا التعريف يشـمل جميع المعادن الجامدة الصلبة التي تذوب وتنطبع بالنار كالذهب، والفضة والحديد والنحاس والرصاص[١]، وسمي هذا النوع من المعادن بالمعادن الباطنة لأن جوهرها يكون بعيدًا عن الصبغة اليابسة للأرض، ومستترًا لا يمكن التوصل إليه إلا بالعمل والتعب والمشقة[٢] . ويدخل فيها المعادن الجامدة ؛ لأن جوهرها لا يمكن الوصـول إليه بدون عناء ولا مشـقة بخلاف إذا كان الماء جاريًا والقار ظاهرًا على سطح الأرض فإن مثل هذه تندرج تحت المعادن الظاهرة[٣] . وكذلك يدخل في المعادن الباطنة سائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض عند فقهاء الشافعية[٤]، والله أعلم بالصواب .

والإحياء سبب من أسباب الملك المنشئة، وقد سبق الكلام عليه مفصلًا

وهو يشمل التهيئة للأرض لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده أيضًا[٥] .

و هل يشـمل الإحياء إقطاع الإمام فيكون الإقطاع بمجرده يفيد حق التملك، أم لا بد له من شرط الإحياء؟

قال ابن قدامة: «فإن من أقطعه الإمام شـيئًا من المواتِ لم يملكه بذلك، لكن يصـير أحق به، كالمتحجر الشارع في الإحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث[٦] حيث استرجعَ عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو يملكه لم يجز استرجاعه.

ورد عمر أيضًا قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتابًا فقال: والله لا أجدد شيئًا ردَّه عمرُ[٧]...»[٨] .

وهذا يدل صراحة على أن الإقطاع لا يفيد حق التملك إلا بـــ شرط الإحياء، وعلى هذا يكون المقطع

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٦٧)، والمبسوط للسرخسي: (٢/ ٢١١) .

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٦٦)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٧)، والملكية للأستاذ الخفيف: (٢/ ١٤٥) .

(٤) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٦٦) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٨) .

(٦) وهو أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيقَ أجمعَ فلما كان عمر قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس، إنما أقطعك لتُعمِّرَ، فخذ منها ما قدرتَ على عمارته ورُد الباقي . أخرجه أبو عبيد في الأموال: ص(٢٧٣) من كتاب أحكام الأراضين والبيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ١٤٩) .

(٧) الأثر أخرجه أبو عبيد في الأموال: ص(٢٧٧-٢٧٦) .

(٨) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٦٤-١٦٣) .

=

بمنزلة المتحجر الشارع في الإحياء .

ويحتمل أن يثبت به حق التملك على أن الإقطاع سبب شرعي يتعلق بحق الملك .

قال أبو يو سف في الخراج: «وكل من أقطعه الولاة المهديون أر ضًا من أرض الـ سواد، وأرض العرب والجبال من الأصــناف التي ذكرنا أن للإمام أن يقطع منها فلا يحل لمن يأتي بعدهم من الخلفاء أن يرد ذلك ولا يخرجه من يدي من هو في يده وارثًا أو مشتريًا فأما إن أخذ الوالي من يد واحدٍ أر ضًا وأقطعها آخر فهذا بمنزلة الغا صب غ صب واحدًا وأعطى آخر ... والأرض عندي بمنزلة المال فللإمام أن يجيز من بيت المال من كان له غناء في الإسلام ومن يقوى به على العدو ويعمل في ذلك بالذي يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم وكذلك الأرضون يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف التي سميتُ...»(١) .

قال ابن نجيم: «اعلم أن ما أقطعه السلطان من أملاكه أو من موات بـــشروطها يصير ملكًا للمقطع، وليس لأحد إخراجها عنه؛ لأنه صار مالكًا للرقبة، ويصح منه سائر التـــصرفات الثابتة للملاك، وتورث عنه كســائر أملاكه، وعليه وظيفتها من عشر ــ أو خراجٍ أو ما يراه الإمام ...وأما ما أقطعه من أراضي بيت المال فإنه يكون تمليكًا للمنافع، لا العين فله إيجارها كإيجار المستأجر وتبطل بموته وإخراجه من الإقطاع»(٢).

وإذا ثبت أن الإقطاع لا يفيد الملك فلا بد فيه من ا شتراط الإحياء فإن المقطع يـ صير أحق به من سائر الناس وأولى بإحيائه، فإن أحياه وإلا قال له الســلطان إن أحييته وإلا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني وإن طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل. والله أعلم بالصواب .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للضابط:

الـ ضابط باللفظ المذكور يـ شير إلى اختلاف الفقهاء -رحمهم الله- في ملكية نوعٍ من أنواع المعادن وهو المعادن الباطنة عندما يقوم أحد من المســلمين بإحيائها. وهذا الأصــل بمدلوله يفيد أن المعادن الباطنة بجميع أنواعها وقع الخلاف في تملكها بإحيائها وكذلك بالاســتيلاء عليها، كما أن الضــابط بفحواه يشــير إلى أن المعادن الظاهرة لا تملك بإحيائها لكونها عامة تتعلق بحقوق المسلمين .

وضابط المعادن الباطنة -كما سبقت الإشارة إليه- ينحصر في الأصول الآتية(٣):

(١) الخراج لأبي يوسف: ص(٦١-٦٠) .

(٢) رسائل ابن نجيم: ص(٥٥-٥٤) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٢/ ٦١٦)، والفروع: (٣/ ٤٨٣)، والمحلى: (٨/ ٢٣٨) .

١-كل ما خرج من الأرض ولا يظهر جوهره .

٢-كل ما لم يسبق إليه ملك أحد من المسلمين بسبب من أسباب التملك .

٣-كل ما لم يكن ظاهرًا جاريًا .

والخلاف في تملك المعادن يتوجه فيما لم يتعلق به إقطاع الإمام . والله أعلم بالصواب .

رابعًا: أقوال الفقهاء في اعتبار هذا الضابط:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الضابط بناءً على خلافهم في مسألة تملك المعادن الباطنة، فذهبوا إلى قولين:

القول الأول: اعتبار هذا الضابط بناء على أن المعادن الباطنة التي تحصل بالعمل والمشقة والموجودة في الأرض المباحة من الموات وغيرها يجوز تملكها بالإحياء، وهذا مذهب الحنفية(١)، وقول للشافعية(٢)، واحتمال عند الحنابلة(٣)، والظاهرية(٤) .

القول الثاني: عدم اعتبار صحة هذا الضابط بناءً على أن المعادن الباطنة لا يجوز تملكها بالإحياء، وهو مذهب المالكية(٥)، والشافعية(٦)، والحنابلة(٧) إلا أن المالكية جعلوا ملكية المعادن راجعة إلى الأمام، فله أن يقطعها لمن يشاء من المسلمين، إقطاع انتفاع، لا تمليك من غير تفريقٍ بين معدنٍ ظاهرٍ أو باطنٍ(٨) .

الذي يظهر لي هو القول بأنَّ ملكية معادن الأرض المباحة تكون للإمام يقطعها لمن يشاء من المسلمين، وعلى هذا يعتبر هذا الضابط من القواعد المختلف فيها عند الفقهاء، واللفظ يشير إلى الخلاف بصيغة الاستفهام، والله أعلم بالصواب .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت هذا الضابط:

ينطوي تحت هذا الأصل الفروع الفقهية التي تتعلق بأصناف المعادن الباطنة، أذكر هنا جملة منها على سبيل المثال:

---

(١) انظر: المبسوط: (٢/ ٢١٢)، وتعليل المختار: (١/ ١٧١)، وبدائع الصنائع: (٢/ ٦٢) .

(٢) انظر: المهذب للشيرازي: (١/ ٤٣٣-٤٣٢)، والإقناع: (٢/ ٣٥٨) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦)، والإنصاف للمرداوي: (٦/ ٣٦٣-٣٦٢) .

(٤) انظر: المحلى لابن حزم: (٨/ ٢٣٧-٢٣٦) .

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (١/ ٤٨٧)، والملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ١٤٧) .

(٦) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٣٠٣)، والإقناع: (٢/ ٣٥٨) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦) وما بعدها، والإقناع: (٤/ ١٨٨) .

(٨) انظر: الشرح الكبير للدردير: (١/ ٤٨٧-٤٨٦)، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص(٧٠)، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص(١٢٩) .

=

١-**منها:** من ملك أرضًا ميتةً بإحيائها ثم ظهر فيها معدن أو عثر على معدن في باطنها هل يملكه صاحب الأرض أم لا؟ على الخلاف بين الفقهاء كما سبق في اعتبار الضابط.

٢-**ومنها:** لو احتفر بئرًا، فوجد الماء جاريًا فهل يملكه صاحب الحفر أم لا[١]؟

٣-**ومنها:** لو حفر أحد بقعة من الأرض، وساق الماء إليها، ثم ظهر الملح فهل يملكها بناءً على أنه حفرها كما لو أحيا مواتًا أم أنها من المعادن الظاهرة ومما لا يملك[٢]؟

ذكر النووي أنها ليست من المعادن الظاهرة، ويملكها صاحبها كما لو أحيا مواتًا[٣].

قال ابن قدامة في المغني: «ولو كان في الموات مو ضع يمكن أن يحدث فيه معدنًا ظاهرًا كمو ضع على شاطئ البحر، إذا صارَ فيه ماء البحر صار ملحًا ملك بالإحياء، وجاز للإمام إقطاعه؛ لأنه لا يضيق على المسلمين بإحداثه، بل يحدث نفعه بفعله، فلم يمنع منه كبقية الموات»[٤].

٤-**ومنها:** لو اشترى أرضًا فوجد فيها حجارة مستودعة هل يملكها أم لا؟ فإن كانت الحجارة خلقة فيها ملكها وإلا لم يملكها بناءً على التفريق بين المعدن والركاز[٥].

والمسائل الفقهية الفرعية التي يمكن تخريجها على الأصل المذكور كثير جدًا، والتي ذكرتها هنا تنير لنا الطريق الموصل إلى تخريج بقية المسائل على الأصل الفقهي المذكور، والله ولي التوفيق.

---

(١) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٦١) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٤/ ٣٦٦).

(٣) انظر: المصدر السابق: (٤/ ٣٦٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ١٥٨).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٤٩٩).

المبحث الرابع: ضابط: هل يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر

هذا الضابط يتعلق بسبب من أسباب الملك، وهو الاستيلاء والقهر، وهو الأصل المقرر في هذا الباب وهو يدل بمدلوله على تملك الكفار بأموال المسلمين، كما أنه بفحواه و مفهومه يشير إلى أن الاستيلاء يكون سبباً لتملك المسلمين بأموال الكفار[1] .

ولكن الضابط بالصيغة المذكورة يشير إلى الخلاف فيه، ودراسته تأتي على الترتيب الآتي:

أولاً: الكلام على أصل الضابط ووضعه:

هذا الضابط أشار إليه الفقهاء قديمًا وحديثًا، وهو بالصيغة المذكور ذكره ابن قدامة في المغني[2] إلا أنه لم يذكره بصيغة الخلاف، فقال: «يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر» ولكنه صيغ بكلمة الاستفهام للدلالة على الخلاف فيه .

والضابط أشار إليه السرخسي في المبسوط[3] وابن جزئ في القوانين الفقهية[4] والنووي في روضة الطالبين[5] .

ثانيًا: مفردات الضابط وما يتعلق بها:

القهر هو الغلبة[6] والمراد به في القاعدة هو الاستيلاء التام على سبيل الغلبة[7] . والتعبير بالغلبة والقهر أولى من التعبير بالاستيلاء . ومدار الاستيلاء والقهر على العرف[8]، وقد سبق الكلام على الاستيلاء والقهر في أسباب الملكية .

ثالثًا: أقوال العلماء في صحة الضابط، والأدلة عليه:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الأصل و يأتي بيان ذلك على الوجه التالي:

١-لا خلافَ في أن الكفار إذا دخلوا دار الإسلام، واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم أنهم

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢١)، وحاشية الدسوقي: (٢/ ١٩٤)، ومنح الجليل: (١/ ٧٤٥) وما بعدها، ومغني المحتاج: (٤/ ٢٣٤)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ١١٧) وما بعدها .

(٢) المغني لابن قدامة: (١٣/ ١٢١) .

(٣) المبسوط للسرخسي: (١٠/ ٥٣-٥٢) .

(٤) روضة الطالبين: (٧/ ٥٢٠) .

(٥) نهاية المحتاج: (٨/ ٧٣) .

(٦) مختار الصحاح: ص(٥٥٤)، والمعجم الوسيط: ص(٧٦٤)، والمصباح المنير: ص(١٩٨) .

(٧) انظر: حاشية القليوبي: (٣/ ٢٦) .

(٨) انظر: حاشية الجمل: (٣/ ٤٦٩) .

=

لا يملكونها حتىٰ لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما في أيديهم لا يصير لهم، وعليهم ردها إلىٰ أربابها بغير شيء[١] .

٢-وكذلك لو قسموها في دار الإسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فأخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شيء، لأن قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدةٍ[٢] .

٣-وكذلك لا خلاف أيضًا في أنهم إذا استولوا علىٰ رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبيهم أنهم لا يملكونهم وإن أحرزوهم بدار الحرب[٣] .

٤-ولكنهم اختلفوا فيما إذا دخلوا دار الإ سلام فا ستولوا علىٰ أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب أو لم يحرزوها علىٰ ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر والغلبة سواء أكانوا أحرزوها بدار الحرب أم لم يحرزوها، وهذا قول المالكية[٤]، وهو المذهب عند الحنابلة[٥] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١-بما روي أن النبي ﷺ قيل له يوم فتح مكة ألا تنزل دارك فقال: «**وهل ترك لنا عقيلٌ من ربع**» [٦] فلولا زوال ملكه عنها بغلبة عقيل عليها لاستبقاها علىٰ ملكه ونزلها[٧] .

٢-وبما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: عن رسول الله ﷺ في عبد وبعير أحرزهما العدو ثم ظفر بهما، فقال رسول الله ﷺ: لصاحبهما: **إن أصبتهما قبل القسمة فهما لك بغير شيء، وإن وجدتهما بعد القسمة فهما لك بالقيمة**[٨] .

٤-إن كل سبب ملك به المسلمون علىٰ المشركين جاز أن يملك به المشركون علىٰ المسلمين كالبيوع[٩].

القول الثاني: إنهم يملكونها إن أحرزوها بدار الحرب حتىٰ لو كان المستولىٰ عليه عبدًا .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٧)، والحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٦)، والمغني: (١٣/ ١٢١) .

(٢) انظر: المصادر السابقة .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٧)، والحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٦) .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٢/ ١٩٤)، والخرشي علىٰ مختصر خليل: (٣/ ١٣٦)، ومنح الجليل: (١/ ٧٢) .

(٥) انظر: الإنصاف: (١٠/ ٢٠٤) .

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه : (٣/ ٣٦٠) في باب توريث دور مكة و بيعها شرائها من كتاب الحج .

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٧) .

(٨) انظر:الحديث أخرجه البيهقي في معرفة السنن و الآثار: (١٤/ ٤٠٦) في باب ما أحرزه المشركون علىٰ المسلمين .

(٩) انظر: الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٧)، والمغني: (١٣/ ١٢١) .

=

وهذا قول الحنفية من الفقهاء[١] وبه قال القاضي من الحنابلة[٢] .

لأنهم استولوا على مالٍ مباح غير مملوك، ومن استولى على مالٍ مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد ودلالة أن هذا الاستيلاء على مالٍ مباحٍ غير مملوك، إن ملك المالك يزول بعد الإحراز بدار الحرب فتزول العصـمة ضرورة بزوال الملك، وا لدليل على زوال الملك أن الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في المحل، وقد زال ذلك بالإحراز بالدار؛ لأن المالك لا يمكنه الانتفاع به إلا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح وإلقاء النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافقه، ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به فلما يمكنهم الا سترداد؛ لأن الدار دارهم، وأهل الدار يذبون عن دارهم فإذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورةً[٣].

القول الثالث: أنهم لا يملكون أموال المسلمين أو الذميين بطريق الغنيمة على سبيل الغلبة والقهر، وإن أحرزوها بدار الحرب .

وهذا قول الشافعية[٤]، والحنابلة في رواية قال بها أبو الخطاب وقال: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، حيث قال: إن أدركه صاحبه قبل القسم فهو أحق به[٥]، وهو قول الظاهرية أيضًا[٦] .

واستدلوا بما يأتي:

١-قول الله تعالى: ﴿ﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙ...﴾[٧] .

وجه الدلالة: أن الله عَجَّلَ امتن علينا بأن جعل أموالهم لنا، ولو جعلَ أموالنا لهم لساويناهم وبطل فيه الامتنان[٨] .

٢-وبما روى عمران بن الحصين: أن المشركين غاروا على سرح المدينة وأخذوا الغضباء ناقة رسول الله ﷺ وامرأة من الأنصار، فانفلتت ذات ليلة من الوثاق فركبت ناقة رسول الله ﷺ ونجت من طلبهم حتى

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٧) .

(٢) انظر: المغني: (١٣/ ١٢١)، والإنصاف مع الشرح الكبير: (١٠/ ٣٠٤) .

(٣) بدائع الصنائع: (٧/ ١٢٨) .

(٤) انظر: الحاوي: (١٤/ ٢١٦) .

(٥) انظر: المغني: (١٣/ ١٢١)، والإنصاف مع الشرح الكبير: (١٠/ ٢٠٥)، والقواعد لابن رجب: ص() .

(٦) انظر: المحلى لابن حزم .

(٧) الآية: (٢٧) من سورة الأحزاب .

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٧) .

=

قدمت المدينة، وكانت قد نذرت إن نجّاها الله عليها أن تنحرها فأخبر بذلك رسول الله ﷺ فقال: «**بئس ما جازتها لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم وأخذ ناقته منها**» فلو ملكها المشركون بالغارة لملكتها الأنصارية بالأخذ، ولما استجاز رسول الله ﷺ استرجاعها(١).

٣-وأن ابن عمر ذهب له فرس فأخذها العدو، فظهر عليهم المسلمون فرد عليه في زمن رسول الله ﷺ(٢).

٤-وأبق لابن عمر عبد فلحق بالروم، فظهر عليهم المسلمون فردَّه عليه خالد بن الوليد بعد النبي ﷺ(٣) في زمن أبي بكر الصديق والصحابة متوافرون من غير نكير منهم(٤).

قال القسطلاني: «وفيه دليل للشافعية وجماعة على أن أهل الحرب لا يملكون بالغلبة شيئًا من مال المسلمين، ولصاحبه أخذه قبل القسمة وبعدها...»(٥).

٥-ولأنه مال معصوم طرأت عليه يد عارية فلم يملك بها كالغصب، ولأن من لا يملك رقبة غيره بالقهر لم يملك ماله به كالمسلم مع المسلم(٦).

الذي يظهر لي والعلم عند الله ﷻ هو القول الأول وهو أنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر كما أن المسلمين يملكون أموالهم بالغلبة و القهر عليهم، وذلك لما يأتي:

١-لقوة ما استدل به أصحاب القول الأول.

٢-ولأن الاستيلاء سبب لإباحة أموالهم وأنفسهم للمسلمين، فكذلك استيلاؤهم على أموال المسلمين.

٣-ولأن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثالث يرد عليها ردود واحتمالات ذكرها الفقهاء(٧)، والله أعلم بالصواب. و بناء على هذا البيان تعتبر صحة الأصل

وعلى هذا القول فإن استيلاءهم على أموال المسلمين يعتبر سبباً لملكهم، ويكون المأخوذ من المسلمين مملوكاً

---

(١) الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٧).

(٢) الأثر أخرجه البخاري في صحيحه: (٦/ ٢١١-٢١٠)، في باب إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم من كتاب الجهاد والسير، برقم: (٣٠٦٧، ٣٠٦٨، ٣٠٦٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) فتح الباري: (٦/ ٢١٢).

(٥) القسطلاني شرح البخاري: (٥/ ١٧٢).

(٦) المغني لابن قدامة: (١٤/ ١٢١).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٧).

=

لهم. .والله أعلم بالصواب .

رابعًا: الفروع المخرجة على الضابط:

تخرج على هذه القاعدة مسائل تملك الكفار على أموال المسلمين بالقهر والغلبة، وأذكر هنا جملة من تلك المسائل:

١- لو استولى الحربي على مال مسلم بالقهر والغلبة، وحكم بملكيته له شرعًا، ثم دخل إلى دار الإسلام مسلمًا وهو في يده، فهو له(١)، لقول رسول الله ﷺ: «**من أسلم على شيء فهو له**»(٢) .

٤-**ومنها**: لو استولى الكفار على مكاتب أو أم ولد من المسلمين بالقهر والغلبة يملكونه عند جماعة من الفقهاء(٣) .

٣-وقد أصَّل الإمام أبو يوسف لهذه الصور فقال: «كل ملك لا يجوز فيه البيعُ فإن أهل الحرب لا يملكونه إذا أصابوه وأسلموا عليه»(٤) .

خامساً : المسائل التي تستثنى من هذا الضابط:

١-**منها**: لو أحرز المشركون عبدًا لمسلم من بلاد المسلمين، فأدركه وقد أوجف عليه قبل القسم فالعبد لمالكه بلا قيمةٍ ولا يملكونه(٥) .

٢-**ومنها**: لو استولى المشركون على حرة مسلمةٍ ثم أخذها المسلمون فهي حرة ولا يملكونها وإن ولدت عندهم أولادًا وأخذوا صغارًا فهم بمنزلتها(٦) .

هذه جملة من المسائل الفرعية التي تنطبق على القاعدة، وهي تكفي للإشارة والتطبيق على أشباهها ونظائرها. والله ولي التوفيق .

---

(١) انظر: الخراج لأبي يوسف: ص(٢٠٠)، والسير الكبير: (٢/ ٦٨٨)، والشرح الصغير: (٢/ ٢٩١)، وشرح المنهج: (٤/ ٢٥٧)، والمغني: (٨/ ٤٣٤) .

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٩/ ١١٣)، و سعيد بن منصور في السنن: (١/ ٣/ ٥٥-٥٤) من حديث أبي هريرة ﷺ مرفوعاً . وقال المناوي في فيض القدير: (٦/ ٦٢): في إسناده ياسين ابن الزيات متروك، قال البيهقي: وهذا الحديث إنما يروى عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً وعن عروة عن النبي ﷺ مرسلاً وللحديث طرق أخرى . انظر: إرواء الغليل: (٦/١٥٦) .

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٠/ ٥٢) وما بعدها، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٢٣)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ١٢٢) .

(٤) الخراج لأبي يوسف: ص(٢٠٠) .

(٥) قال الشافعي: ولا أعلم أحدًا خالف فيه . انظر: الحاوي الكبير: (١٤/ ٢١٦)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ١٢١) .

(٦) انظر: القوانين الفقهية: ص(١٠٢) .

المبحث الخامس: قاعدة: اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان

هذه القاعدة إحدى القواعد المتعلقة بنظرية الملكية في الفقه الإسلامي، وهي بالخصوص تتعلق بتبدل أسباب الملك ومدى أثره على الأعيان، وهي قاعدة أصيلة جمة الفروع، وهي مستفادة من حديث بريرة المشهور[١]، والقاعدة تلقي الضوء على أثر تبدل أسباب الملك في الأعيان، دراسة القاعدة تتجلى في العناصر الآتية:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة وردت بألفاظ كثيرة وهي متقاربة الألفاظ ومتحدة المعاني .

فالقاعدة باللفظ المذكور ذكرها السرخسي في المبسوط[٢] وابن الهمام في شرح فتح القدير[٣]، ووردت في الفتاوى البزازية أيضًا[٤] .

ولها ألفاظ أخرى منها: «**اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين**»[٥]، ومنها: «**اختلاف سبب الملك كاختلاف العين**»[٦]، ومنها لفظ: «**اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان**»[٧]، وكذلك لفظ: «**اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم**»[٨]، ومن صيغها المشهورة ما ذكره أصحاب مجلة الأحكام العدلية: «**تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات**»[٩]، وقد صاغها الأستاذ مصطفى الزرقا بعد تعديل صيغة المجلة فقال:

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٢٠٣)، في باب قبول الهدية من كتاب الهبة، ومسلم في صحيحه: (٢/ ٧٥٥)، في باب إباحة الهدية للنبي ﷺ من كتاب الزكاة .

(٢) المبسوط للسرخسي: (٨/ ١٥٥) .

(٣) شرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٩) .

(٤) الفتاوى البزازية: (٤/ ٤٣٨) .

(٥) انظر: المبسوط: (٢/ ٧٧٢)، والتحرير للحصيري: (٢/ ٧٧٢)، وشرح الزيادات: ص(٩٠٥) .

(٦) انظر: المبسوط: (١٢/ ١٠٧)، (٩/ ١٦٦)، وبدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩)، ورد المحتار: (٤/ ١١٤)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٥٥)، ومجامع الحقائق: ص(٣٦٦)، وشرح الزيادات: ص(٣٤) .

(٧) انظر: التحرير للحصيري: (٤/ ٣٥٦) .

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٧٦)، وكذلك انظر المصدر نفسه: (٥/ ١٩٩)، (٦/ ١٢٩) .

(٩) مجلة الأحكام، مادة: (٩٨) (١/ ٦٢) وانظر كذلك مجامع الحقائق للخادمي: ص(٣٦٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء: ص(٤٦٧) .

=

«**تبدل سبب الملك كتبدل الذات**»[١] وصاغها السرخسي في موضع آخر بأوضح منها، فقال: «**تبدل سبب الملك كتبدل العين**»[٢] .

ويلاحظ مما سبق أن القاعدة مع كثرة صيغها وألفاظها تدل على معنى واحدٍ كما علم أنها من القواعد التي نص عليها فقهاء الحنفية في كتبهم[٣] .

وقد قال الشافعي في الأم ما يوحي إلى هذا المدلول: «وتصدق علي وفاطمة على بني هاشم وبني المطلب بأموالهما وذلك أن هذا تطوع، وقبل النبي ﷺ الهدية من صدقة تصدق بها على بريرة، وذلك أنها من بريرة تطوع لا صدقة»[٤] .

وفي الكافي ما يؤكد هذا المعنى أيضًا[٥]: «أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين، فأهدى المسكين إلى الغني... ولو أهدى المسكين مما تصدق به عليه إلى الهاشمي حل له؛ لأن النبي ﷺ: أكل مما تصدق به على بريرة، وقال: «**إنها قد بلغت محلها**»[٦] .

وجاء في حاشية البجيرمي[٧]: «**تبدل الصفة منزلة تبدل الذات**» .

قال الحافظ ابن حجر: «قوله: (بلغت محلها) أنها لم تصرفت فيها بالهدية لصحة ملكها لها انتقلت عن حكم الصدقة فحلت محل الهدية، وكانت تحل لرسول الله ﷺ بخلاف الصدقة»[٨] .

قال النووي: «قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق على بريرة به: (**هو لها صدقة، ولنا هدية**) دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير، وأكلها إذا أهداها إليه، وللهاشمي ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداءً»[٩] .

هذه العبارات وغيرها وكذلك تفريع الفقهاء على هذا الأصل تشهد بأن القاعدة بمدلولها من القواعد التي

(١) المدخل الفقهي العام: (٢/ ١٠٧٢) ف٦٤٤ .

(٢) المبسوط للسرخسي: (٩/ ١٦٦) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩، ٣٠١)، والفتاوى البزازية: (٤/ ٤٣٤)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٥٥) .

(٤) الأم: (٢/ ٨١) .

(٥) الكافي: (١/ ٣٤٠) .

(٦) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٢٠٣) في باب قبول الهدية من كتاب الهبة .

(٧) حاشية البجيرمي: (٤/ ١٣٠) .

(٨) فتح الباري لابن حجر: (٣/ ٣٥٧) .

(٩) شرح النووي: (١٠/ ١٤٢) .

=

اعتنىٰ بها الفقهاء والله أعلم .

ثانيًا: مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

قولهم: اختلاف سبب الملك أو تبدل سبب الملك يفضي إلىٰ مدلولٍ واحدٍ وإن حصل الاختلاف في التعبير .

والاختلاف: هو ضـد الاتفاق، والتغير من خلف فوه: إذا تغيّر[1] . وكذلك التبدل هو التغير[2] والمقصو هنا هو المعنىٰ اللغوي .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل علىٰ أن تبدل واختلاف أسباب الملكية في شيء ما أو عينٍ أو سلعة يفضي إلىٰ ذلك الشيء متبدل حكمًا فكأنه غير العين السابقة وإن لم يتبدل هو حقيقةً[3] .

والمراد باختلاف أسباب الملك أو تبدل سبب الملك هو تغير أسباب الملك من بيع، وهبة أو صدقة أو إرث أو نحو ذلك، وقد يراد به تبدل صفة العين كخمر تخلل أو خل تخمر[4] .

فالعين الموجودة إذا تغير سبب تملكها تعتبر عينًا متبدلة حكمًا، وإن كانت هي العين نفسها حقيقةً، ويشترط في ذلك شرطان:

الأول: عدم التواطؤ علىٰ التحايل؛ لأن الحيل كلها محرمة[5] .

الثاني: أن لا يكون مما يجري فيه الربا .

رابعًا: أقوال الفقهاء في اعتبار القاعدة وصحتها، والأدلة عليها:

سبقت الإشارة إلىٰ أن القاعدة مما نص عليه فقهاء الحنفية، إلا أن فقهاء المذاهب الأخرىٰ لم يخالفوا في مدلول هذه القاعدة[6] . و علىٰ هذا تعتبر القاعدة صحيحة من الأصول التي استقر عليها العمل.

و الأدلة عليها كما يلي:

١-عن أم عطية < قالت: دخل النبي ﷺ علىٰ عائشة فقال: عندكم شيء؟ فقالت: لا، إلا شيء بعثت

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٣١٠)، والمصباح المنير: ص(٦٩-٦٨)، والمعجم الوسيط: ص(٢٥١-٢٥٠) .

(٢) انظر: المعجم الوسيط: ص(٤٤) .

(٣) انظر: درر الحكام: (١/ ٨٦)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٢٠٤) .

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو: (١/ ٢٠٤) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١١٦) .

(٦) انظر: الأم: (٢/ ٨١)، وحاشية البجيرمي: (٤/ ١٣٠)، والكافي لابن قدامة: (١/ ٣٤٠)، وشرح النووي: (١٠/ ١٤٢)، والمنتقىٰ للباجي: (٢/ ١٣٨-١١٧)، والقواعد لابن رجب: ص(٥١-٥٠) .

=

به إلينا أم عطية من الشاة التي بعثت إليها من الصدقة، قال: «**إنها قد بلغت محلها**»[١].

٢-عن أنس بن مالك ﷺ قال: أتي النبي ﷺ بلحمٍ فقيل: تصدق به على بريرة، قال: «**هو لها صدقة، ولنا هدية**»[٢].

حيث جعل رسول الله ﷺ تبدل سبب الملك وهو الإهداء، من التصدق الذي هو محظور عليه كتبدل العين في الحكم، فصار اللحم هدية بعد أن كان صدقة[٣].

خامسًا: تطبيقات القاعدة على الفروع الفقهية:

هناك فروع فقهية كثيرة يمكن تخريجها على الأصل المذكور، أذكر جملة منها:

١- لو اشترى من آخر عينًا ثم باعها من غيره، ثم اشتراها من ذلك الغير ثم اطلع على عيب قديم كان به عند البائع الأول، فليس له أن يردها عليه؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه[٤].

٢-**ومنها**: لو حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان أرضًا، وأحدث الموهوب له عليها بناءً أو غرسَ فيها شجرًا أو كان حيوانًا ضعيفًا، فسمن عند الموهوب له أو غير الموهوب على جهة تبدل به اسمه كأن كان حنطة فطحنت، وجعلت دقيقًا فهل يصح الرجوع عن الهبة حينئذ أم لا[٥]؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: لا يصح الرجوع فيها، وهذا مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، وهي رواية عن الإمام أحمد[٨] وعليها المذهب[٩].

واستدلوا بأن الزيادة المتصلة للموهوب له، لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة الواهب، فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة[١٠].

---

(١) الحديث سبق تخريجه في ص (٦٨٠).

(٢)الحديث سبق تخريجه في ص (٦٨٠).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا: ص(٤٦٧).

(٤) انظر: المصدر السابق: ص(٤٦٧).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٤٨٠-٤٧٩)، مادة: (٨٦٩).

(٦) انظر: المبسوط: (١٢/ ٥٦)، والدر المختار: (٥/ ٦٩٩).

(٧) انظر: المدونة الكبرى: (٦/ ١٤١).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٦٦).

(٩) انظر: الإنصاف: (١٧/ ٩٤).

(١٠) انظر: المبسوط: (١٢/ ٥٦)، والمغني: (٨/ ٢٦٦).

=

وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص[١] .

القول الثاني: يصح الرجوع فيها، وهذا مذهب الشافعية[٢]، وهي رواية عن الإمام أحمد[٣] قدمها ابن قدامة[٤] .

وذلك لأنها زيادة في الموهوب، فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والزيادة المنفصلة[٥] .

الذي يظهر هو القول بعدم صحة الرجوع للأصل الذي بين أيدينا، ولأن الواهب إذا أراد الرجوع في هبته ليس له ذلك إلا أن يرجع بالزيادة والزيادة ليست مما وهبه، ولا مما حدث في ملكه، والله أعلم بالصواب .

هذا إذا كانت الزيادة متصلة .

وأما إذا كانت الزيادة منفصلةً كولد البهيمة، وثمر الشجرة، وكسب العبد، فلا تمنع الرجوع بلا خلافٍ بين الفقهاء[٦] .

٣-**ومنها**: لو خرج المبيعُ من ملك المشتري، فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين، فيمنع تحقق الربا .

ولو مات المشتري فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باعَ قبل نقد الثمن لم يجز؛ لأن سبب الملك هناك لم يختلف، وإنما قام الوارث مقام المشتري بدليل أنه يرد بالعيب، ويرد عليه[٧] .

٤-**ومنها**: لو باعَ عقارًا لغيره، وكان له شفيع، فسلَّم الشفيعُ الشفعة للمشتري، ثم تقابل البائع مع المشتري البيعَ، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديدٍ وهو الإقالة، لأنها بيع جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما .

وكذلك لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذ بالأولى[٨] .

٥-**ومنها**: لو وهب لغيره العين الموهوبة له، ثم عادت إليه بسبب جديدٍ بأن باعها منه أو تصدق بها،

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٦٦) .

(٢) انظر: المجموع: (٩/ ٢٤٤)، والإقناع: (٢/ ٣٦٧) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٦٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (١١/ ٩٤) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٦٦) .

(٥) انظر: المصدر السابق .

(٦) انظر: المجموع: (٩/ ٢٤٤)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٢٦٧) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٩) .

(٨) انظر: الدر المختار ورد المحتار عليه: (٦/ ٢٣٧)، وشرح القواعد: ص(٤٦٨) .

=

فأراد الواهب أن يرجع بهبته لا يملك ذلك[1] .

٦-**ومنها**: الفقير أو المسكين إذا أخذ زكاة أو صدقة ثم أهداها لغني أو وهبها للهاشمي أو باعها من أحدهما حل ذلك المال لهما لتبدل العين بتبدل الملك[2] .

٧-**ومنها**: لو تصدق رجل على قريبه أو أعطاه زكاة ماله ثم مات المتصدق عليه، وعادت الصدقة أو الزكاة للمعطى بالإرث ملكها، وما ضاع ثوابه[3] .

٨-**ومنها**: مسألة صرف الفوائد الربوية إلى الفقراء ومصالح الخير، فإنه مما يعلم أن موضوع الاستفادة من فوائد البنوك أو عدم الاستفادة منها كان مما اختلف فيه الفضلاء المعاصرون، ثم قرروا أخذها وإعطاءها للفقراء وعدم تركها في البنوك، ولكن بقيت المسألة مختلفًا فيها من حيث المصارف التي تصرف إليها هذه الفوائد .

الذي يظهرلي هو إنفاقها على الفقراء أو صرفها إلى الجهات التي تمد الفقير بوسيلة من الوسائل أو إلى المصلحة العامة التي تمس الحاجة إليها[4] .

٩-**ومنها**: تبدل الصك والسند بمنزلة تبدل السبب، فكما أنه لو أقر رجل بألف قرضاً وألف ثمن مبيع، يلزمه ألفان، فكذلك لو كتب سندين في كل منهما ألف دون بيان الجهة، وفيهما إمضاؤه وختمه وهو معترف بهما يلزمه زائدة؛ لأن تبدل السند بمنزلة تبدل السبب[5].

٩-**ومنها**: لو وهب لرجل هبةً ثم اعتاض منه عن الهبة فهل يصح له الرجوع في الهبة أم لا؟

الأصل في الهبة أنها من عقود التبرعات أي أن الموهوب له لا يعوض الواهب شيئًا عما وهبه له، إلا أنه لو صدرت الهبة من الواهب مقترنة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب أو لو اعتاض الواهب منه اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الهبة بشرط العوض بيع ليست هبة، وتثبت فيها أحكام البيع، ويفيد الملك بنفسه من

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٧٠٣)، وشرح القواعد: ص(٤٦٨) .

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (١/ ٢٠٤) .

(٣) وفي المسألة تفصيل انظره في شرح الخاتمة: ص(٢٧)، وشرح المجلة: (١/ ٩٢)، والقواعد لابن رجب: ص(٥٠) .

(٤) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة: (١١/ ٢٥١، (١٥/ ٤٩٠)، (١٦/ ٩٨)، وقرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية، وانظر: موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (١/ ٢٩٧) .

(٥) انظر: شرح المجلة: (١/ ٩٢) لسليم باز .

غير شرط القبض، ولا يملكان الرجوع عن التصرف، وهو مذهب المالكية[١]، والشافعية في الصحيح[٢] وهو المذهب عند الحنابلة[٣]، وبه قال زفر من الحنفية[٤] .

واســتدلوا بأن معنى البيع موجود في هذا العقد، لأن البيع تمليك العين بعوضٍ وقد وجد إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كحصول البيع بلفظ التمليك[٥] .

القول الثاني: الهبة بشرــط العوض عقد هبة ابتداءً، بيع انتهاءً إذا حصــل التقابض من الطرفين، وهذا مذهب الحنفية[٦]، وقول عند كل من الشافعية[٧]، والحنابلة[٨] .

ويرى فقهاء الحنفية أن الهبة بشرــط العوض، وكذلك إذا اعتاض عنها الواهب، يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض، والبيع بعده، فهي هبة ابتداءً، وبيع انتهاءً[٩] .

ولا يصح له الرجوع عما وهبه إذا تقايضا، فإن الهبة بعوضٍ بمنزلة البيع[١٠] .

وا ستدلوا بأنه اختلف سبب الملك في الموهوب له، فكان في الابتداء هبة ثم صار في الانتهاء بيعًا، ويعمل في هذا العقد بالشــبهين قدر الإمكان، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملًا بشــبه الهبة، ويعتبر فيه حق الشــفعة وعدم صحة الرجوع عملًا بشبه البيع[١١] .

القول الثالث: إن الهبة بشرط العوض هبة ابتداءً وانتهاءً، ولا يؤثر ا شتراط العوض على عقد الهبة وهو

---

(١) انظر: حاشية الخرشي: (٧/ ١١٧)، ومواهب الجليل: (٦/ ٦٧-٦٦)، والقوانين الفقهية: ص(٣١٥) .

(٢) انظر: المهذب: (١/ ٤٤٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٤) .

(٣) انظر: المغني: (٨/ ٢٨١-٢٨٠)، والإنصاف: (٧/ ١١٦) .

(٤) انظر: المبسوط: (١٢/ ٧٥) .

(٥) انظر: حاشية الخرشي: (٧/ ١١٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٤) .

(٦) انظر: المبسوط: (١٢/ ٧٥)، وشرح فتح القدير: (٧/ ١٣٣)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٣٢) .

(٧) انظر: المهذب: (١/ ٤٤٧)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٤) .

(٨) انظر: الإنصاف للمرداوي: (٧/ ١١٦) .

(٩) انظر: الاختيار: (٣/ ٥٣)، والدر المختار: (٢/ ٥١٩) .

(١٠) انظر: البحر الرائق: (٧/ ٣٢٢) .

(١١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٣٢)، وشرح فتح القدير: (٧/ ١٣٣)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٥٣٩) .

قول للإمام أحمد نقله أبو الخطاب عنه، وانتصر له الحارثي[1] من الحنابلة، وقال وهو الصحيح[2] .

الذي يظهر لي هو القول بعدم صــحة الرجوع في الهبة بشرــط العوض؛ لأن تبدل الســبب كتبدل العين، فصارت الهبة بيعًا، ويثبت فيها أحكام البيع الخاصة، والله أعلم بالصواب .

هذه جملة من الفروع تنير لنا الطريق المو صل إلى تخريج أ شباهها ونظائرها على الأ صل المذكور، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل .

(١) الحارثي: هو أبو محمد سعد الدين مسعود بن أحمد بن مسعود الحارثي، كان رأس الحنابلة في وقته، ولد سنة (٦٥٢)، وتوفي سنة (٧١١)هـ .

انظر: الذيل على طبقات الحنابلة: (٢/ ٣٦٢)، والدرر الكامنة: (٤/ ٣٤٧) .

(٢) انظر: الإنصاف: (٧/ ١١٦)، والشرح الكبير والمغني معًا: (٦/ ٣٠٠) .

المبحث الأول: قاعدة: الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل

هذه القاعدة من القواعد التي لها صلة بالاستحقاق الموجب للملكية، وهي قاعدة مهمة في هذا الباب، وتشمل بمدلولها ومفهومها أغلب المسائل الفرعية من أحكام الاستحقاق.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها.

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها صاحب المبسوط[1]، فقال: «ثم فرق بين الإقرار والبينة بأنه لو أقام رجل البينة أن الجارية له، به استحق ولدها معها، والفرق أن الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل. ألا ترى أن الباعة يرجع بعضهم على بعض باليمين، فيتبين أن الولد انفصل من ملكه، فكان مملوكاً له، فأما الاستحقاق بالإقرار فلا يوجب الملك للمقر له من الأصل حتى لا يرجع الباعة بعضهم على بعض باليمين، ولكن استحقاق الملك له مقصور على الحال... ».

وأشار إلى مدلول هذه القاعدة كثير من الفقهاء في مصنفاتهم[2].

وهي من القواعد التي استقر عليها العمل عند فقهاء الحنفية[3].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

دراسة مفردات القاعدة تأتي على الوجه التالي:

أ- معنى الاستحقاق لغة واصطلاحاً:

الاستحقاق في اللغة: إما بمعنى طلب الحق[4]، من استحق يستحق إذا طلب الحق[5]، وإما بمعنى ثبوت الحق ووجوبه[6]، ومنه قوله تعالى: ﴿ ۇۆۆۈۈۇٴ ﴾[7].

والاستحقاق اصطلاحاً:

---

(١) المبسوط للسرخسي: (١٨/ ٧٥).

(٢) انظر: المبسوط: (٦/ ١٦٦)، وشرح فتح القدير: (٧/ ٥٠)، وشرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٢٧)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤).

(٣) انظر: شرح المجلة: (١/ ٢٢٧).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٠)، والمطلع على أبواب المقنع: ص(٢٧٥).

(٥) انظر: المصباح المنير: ص(٥٦)، ومختار الصحاح: (ص١٤٧)، والصحاح: (٤/ ١٤٦١).

(٦) انظر: المصادر السابقة.

(٧) الآية: (١٠٧) من سورة المائدة.

=

١-هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير[1]، والمستحق بالفتح ما كان حقاً للغير.

٢-أو هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض[2].

أعني: قيام سبب لانتزاع الملكية من الشيء الذي جرىٰ فيه الملك بسبب من أسباب الملك أو الحكم بإخراج المدعي فيه من يد حائزه إلىٰ يد مدعيه بعد ثبوت سببه وشروطه وانتفاء موانعه[3].

أما فقهاء الشافعية والحنابلة يستعملونه بالمعنىٰ اللغوي ويعبرون عنه بضمان الدرك[4]، أو ضمان العهدة[5].

ويمكن أن يفرق بين الا ستحقاق والرد بالعيب بأنه بالا ستحقاق ظهر أن البائع باع و سلم ما ليس ملكاً له، ولا يخفىٰ أن هذا البيع والتسليم له شبهان: فهو يشبه من جهة بيع الفضولي ويشبه من جهة أخرىٰ الغصب، ومن جهة كونه غصباً يكون المشتري بمنزلة غاصب الغاصب، ويكون المبيع واجب الرد، بخلاف الرد بالعيب فإن شراء المشتري فيه للمبيع المعيب هو شراء محض، والمبيع ليس له شبه الغصب حتىٰ يمكن اعتباره رداً لا بيعاً»[6].

ب-سبب الاستحقاق أو ما يظهر به الاستحقاق:

سبب الا ستحقاق كما ذكره فقهاء المالكية هو قيام البينة علىٰ عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي ولا يعلم خروجه، ولا خروج شيء منه عن ملكه حتىٰ الآن وهذا بغير خلاف بين الفقهاء[7].

وعلىٰ هذا يثبت الاستحقاق بالبينة عند عامة الفقهاء[8]، كما يثبت بإقرار المشتري للمستحق أو بنكوله عن

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٠)، والتعريفات الفقهية: ص(٢٤).

(٢) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٢٩٥-٢٩٤)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤)، والشرح الصغير: (٢/ ٢٦٦).

(٣) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤).

(٤) هو أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصحة سواء أكان الثمن معيناً أم في الذمة. شرح الزرقاوي علىٰ التحرير: (٢/ ١٢١).

(٥) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٣٦٩)، وشرح منح الجليل: (٣/ ٣٤٩).

(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية: ص(٤٦٩).

(٧) انظر: الفتاوىٰ الهندية: (٤/ ١٤٣)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٢)، وحاشية البناني: (٦/ ١٥٧)، وشرح منح الجليل: (٧/ ١٤٨)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٣٢٣-٣٢٢)، وحاشية البجيرمي: (٤/ ٣٤٥)، وكشاف القناع: (٤/ ١٣١).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٢)، والفتاوىٰ الهندية: (٤/ ١٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٣٥٥)، ونهاية المحتاج: (٨/ ٣٢٢-٣٢٣).

=

يمين نفي العلم بالاستحقاق[1].

وأما سبب ادعاء العين المستحقة فهو سبب تملك العين المدعاة من إرث أو شراء أو وصية أو وقف أو هبة أو حرية[2]، إلى غير ذلك من أسباب الملكية[3].

ج-أقسام الاستحقاق:

١-الاستحقاق من حيث أثره ينقسم إلى قسمين[4]:

الأول: الا ستحقاق المبطل للملك بالكلية: وهو يبطل الملك في المستحق بالكلية بحيث لا يبقى لغير المدعي حق التملك فيه مثل العتق، والحرية الأصلية.

الثاني: الاستحقاق الناقل للملكية من مالك إلى آخر، والناقل لا يوجب فسخ العقد على الظاهر عند الحنفية؛ لأنه لا يوجب بطلان الملك، بل يوجب توقفه على إجازة المستحق.

٢-الاستحقاق من حيث ما يظهر به ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الاستحقاق بالبينة.

الثاني: الاستحقاق بإقرار المشتري.

الثالث: الاستحقاق بالنكول وهو أن يطلب المستحق تحليف المدعى عليه على أنه لا يعلم أن المبيع ملك المستحق[5].

د- الكلام على الاستحقاق بالبينة:

سبق الكلام على الاستحقاق، والكلام على البينة يأتي على الوجه الآتي:

١-تعريف البينة لغة واصطلاحاً:

البينة في اللغة مؤنث البين، قال في المصباح المنير: «من بان الأمر يبينُ فهو بين، وجاء بائن على الأصل. ومادة بين وما اشتق منها تدور حول معنى الظهور والانكشاف والوضوح والتجلي»[6].

---

(١) انظر: المصادر السابقة وكشاف القناع: (٤/ ١٣١).

(٢) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤).

(٣) انظر: المصادر السابقة في هامش الاستحقاق بالبينة.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٢).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٦).

(٦) انظر: لسان العرب: (١٣٦٧)، والمصباح المنير: (١/ ٨٧)، والمعجم الوسيط: (١/ ٣).

=

وفي الاصطلاح: البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره[١]، وقيل: البينة هي شهادة شهود[٢].

والمقصود بالاستحقاق بالبينة هو الاستحقاق القائم على إثبات البينة على المدعى فيه وهو المال المستحق واجباً للغير.

والمستحق –بالكسر– هو المدعي الذي يقوم بمطالبة حقه الذي سبق فيه سبب ملكه أو ما في معناه كالعتق والحرية. والله أعلم بالصواب.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل على أن الاستحقاق إذا ثبت بالبينة المعتبرة شرعاً، وإذا توفرت فيه شروطه وانتفت موانعه فإنه يفيد الملك، فالمدعي الذي يطلب الحق في المال الذي ثبتت فيه الدعوى، ويقوم على الاستحقاق بمعنى ثبوت الحق ووجوبه.

وهي تشير بمدلولها إلى أن الاستحقاق بمعنى طلب الحق بدون إقامة البينة عليه دعوى مجردة، ولا يثبت به الاستحقاق بمعنى ثبوت الحق.

ولا يفيد الملك في العين المستحقة للمدعي المطالب للحق، والاستحقاق يثبت به إخراج المستحق من غير المالك إلى المالك وهو يفيد التملك ولو بدون رضا المدعى عليه.

وهي بمفهومها تدل على أن الاستحقاق بمجرد الادعاء لا يوجب الملك.

وإنما شأنه إلى المرافعة أو القضاء. والله أعلم.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة، وصحة الأدلة عليها:

صحة القاعدة مبنية على مسألة الرجوع بالثمن إذا ثبت الاستحقاق بالبينة.

ولقد اتفق الفقهاء على أن الاستحقاق إن ثبت بالبينة فإن المشتري يرجع بالثمن على البائع، وبه يبطل البيع[٣].

وعلى هذا الفقهاء –رحمهم الله– يعتبرون هذه القاعدة صحيحة، بمضمونها ومدلولها بغير خلاف بينهم[٤].

لأن الاستحقاق يستوجب الملك للغير في المال المستحق، ويقضي على العقد الراهن فلا بد أن يكون ذلك

---

(١) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم: ص(١٥).

(٢) انظر: تبصرة الحكام: (١/ ١٦١)، وفتح الوهاب: (٤/ ٣٩٤)، ومطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: (٦/ ٥٦٦)، وإعلام الموقعين: (١/ ٩٠)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٣٥/ ٣٩٤).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٤)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٥١)، وحاشية الزرقاني على مختصر خليل: (٥/ ٤)، ومواهب الجليل: (٥/ ٣٠٧)، والمهذب: (١/ ٢٨٨)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٧٨)، والإنصاف: (٥/ ١٩٨).

(٤) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٣)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٥١)، ومواهب الجليل: (٥/ ٣٠٧) وكشاف القناع: (٤/ ١٣١).

=

قائماً على البينة حتى يثبت به الملك.

ويؤكد أصل الاستحقاق ما روي عن طاووس في بيع الخلاص قال: بيع الخلاص إذا باعه وهو يرى أنه له ثم استحق بعد، فإنه يرد المبيع إلى أهله، ويرد على المشتري رأس ماله[1].

وتعتمد على أصل هذه القاعدة مسألة استحقاق المبيع على المشتري وبيان المسألة على النمط التالي:

المسألة فيها وجهان:

الوجه الأول: أن يثبت الاستحقاق في المبيع كله.

اختلف الفقهاء في هذا الوجه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا استحق المبيع كله بطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع مطلقاً سواء أثبت الا ستحقاق بالبينة أم بالإقرار أم بالنكول، وهذا مذهب الحنابلة[2]، ومذهب الشافعية إذا كان الا ستحقاق بالبينة[3].

القول الثاني: يبطل البيع إن كان الاستحقاق مبطلاً للملك، وهو الاستحقاق الذي يرد على محل لا يقبل التملك، فإن كان الاستحقاق ناقلاً للملكية وهو الذي يرد على محل قابل للتملك، كان العقد موقوفاً على إجازة المستحق، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه انفسخ مالم يرجع المشتري على البائع بالثمن أو ما لم يقبض المستحق حقه، ويرجع المشتري على البائع إذا كان الاستحقاق بالبينة.

وأما إذا كان الاستحقاق بإقرار المشتري أو بنكول عن اليمين فليس للمشتري أن يرجع على البائع، وهذا مذهب الحنفية[4]، ومذهب الشافعية[5]، إذا كان الاستحقاق بالإقرار والنكول، وبه قال ابن القاسم من المالكية[6].

وعللوا ذلك بتقصير المشتري باعترافه بالاستحقاق مع الشراء أو بنكوله.

القول الثالث: إذا استحق المبيع بطل العقد على المشهور وللمشتري أن يرجع على البائع إن لم يعلم بصحة ملك البائع، ولا عدمه وكذلك إن علم عدم ملك البائع على المشهور؛ نظراً لسبق ظلم البائع لبيعه ما ليس

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف: (٨/ ١٩٢)، وكذلك عن الشعبي. مصنف ابن أبي شيبة: (٤/ ٢٩).

(٢) انظر: المهذب: (١/ ٢٨٨)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤٤٥)، وحاشية الشرواني على التحفة: (١/ ٣٣٦).

(٣) انظر: المغني: (٤/ ٥٩٨).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٢) وما بعدها، وجامع الفصولين: (٢/ ١٥١)، والفتاوى البزازية: (٥/ ٤٤٠).

(٥) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٤٤٥).

(٦) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٣٠٧) وحاشية الزرقاني: (٥/ ٤).

=

في ملكه، فهو أحق بالحمل عليه، وهو مذهب المالكية[١].

لعل الأولى أن يقال إن المبيع إذا ا ستحق بطل العقد، وللمشتري الرجوع بثمن المبيع مطلقاً؛ لأنه باع شيئاً لم يملكه وهو الغاصب من جهة، والغار من جهة، والله أعلم بالصواب.

الوجه الثاني: أن يثبت الاستحقاق على بعض المبيع دون كله.

اختلفوا هل يبطل العقد أم لا؟ وكيف يرجع المشتري على البائع بالثمن على ثلاثة أقوال أيضاً:

القول الأول: يبطل البيع في الجميع، سواء كان المبيع قيمياً أو مثلياً ويرجع المشتري بالثمن على البائع مطلقاً، وهو رواية عند الحنابلة[٢]، وقول للشافعية[٣]، ومذهب المالكية إن استحق الأكثر[٤].

القول الثاني: يبطل البيع في القدر المستحق، ويصح في القدر الباقي، وهذا قول للشافعية[٥]، ومذهب الحنفية إن استحق البعض بعد قبض المبيع[٦].

القول الثالث: يخير المشتري بين رد المبيع بالفسخ، وبين التمسك بالباقي والرجوع بحصة القدر المستحق والثمن وهو رواية عند الحنابلة[٧]، ومذهب الحنفية إن استحق المبيع قبل القبض[٨]. والله أعلم بالصواب.

خامساً: تطبيقات القاعدة ، وتخريج الفروع عليها:

تطبق على هذه القاعدة فروع فقهية كثيرة أذكر هنا جملة:

١-**منها**: لو اشترى جارية، فولدت عنده لا باستيلاده ثم استحقها رجل ببينة لا بإقرار المشتري فإنه يأخذها وولدها معها وأرشها إن كان ، وأما إن استحقها بمجرد إقرار المشتري له بها لا يستحق الولد بذلك ولكن يشترط فيه القضاء بالولد[٩].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٣٠٧)، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: (٥/ ٤).

(٢) انظر: الإنصاف: (٦/ ٢٩٠) والمغني: (٤/ ٥٩٨).

(٣) انظر: المجموع: (١٠/ ٣٦٧)، و(١٢/ ٢١٩)، والجمل: (٣/ ٩٤)، وفتح العزيز: (١٠/ ٣٦٧).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٦٩)، وحاشية الخرشي: (٦/ ١٥٩)، وحاشية الزرقاني: (٦/ ١٦٦)، و(٥/ ١٦٢)، ولفقهاء المالكية تفصيل وتفريق بين الشائع وغيره والاعتبار عندهم بالأكثر. انظر: حاشية البناني: (٦/ ١٦٦).

(٥) انظر: فتح العزيز: (١٠/ ٣٦٧)، والمجموع: (١٢/ ٢١٩).

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠١)، والفتاوى البزازية: (٥/ ٤٣٩).

(٧) انظر: الإنصاف: (٦/ ٢٩٠).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠١)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٥٤٣).

(٩) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٤٣)، وحاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٧).

=

٢-**ومنها:** مسألة الدابة إن اشتراها رجل ثم استحقها آخر[١].

٣-**ومنها:** لو زرع رجل أرضاً، ثم استحقت الأرض فإن لم ينتفع بالزرع بأن لم يبلغ طوراً ينتفع به فلمستحق الأرض أخذ الزرع معها بلا شيء يغرمه للزارع عوضاً عن البذر والحرث والسقي وغيرها، لأنه ثبت له الملك من الأصل، وإن استحقت الأرض بعد بلوغه طوراً ينتفع به ففيه إذا قلع ولو لرعي البهائم فللمستحق قلعه[٢].

٤-**ومنها:** لو استحق المشفوع بطلت الشفعة، ويملك المستحق المشفوع من أصله، ويرجع الشفيع بالثمن على من أخذه منه[٣].

٥-**ومنها:** لو استحق العين المكتراة بإقامة بينة من قبل المستحق فهل تبطل الإجارة؟ ومن يستحق الأجرة؟ مسألتان:

الأولى: هل تبطل الإجارة عند استحقاق العين المكتراة أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: بطلان الإجارة بالفسخ، وهذا مذهب الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: توقف الإجارة على إجازة المستحق، وهو مذهب الحنيفة[٦]، والمالكية[٧]، وهو احتمال عند الحنابلة بناء على جواز بيع الفضولي وتوقفه على إجازة المالك[٨].

الثانية: من يستحق الأجرة، هل يستحقها العاقد أم المستحق؟

اختلفوا في المسألة وذهبوا إلى اتجاهات على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الأجرة للمستحق إن كانت الإجازة قبل استيفاء المنفعة، وكذا إن كانت بعد استيفاء بعض المنفعة وأما إن كانت الإجازة بعد استيفاء المنفعة فالأجرة للعاقد، ولا اعتبار للإجازة حينئذ. وهذا مذهب

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٩٧).

(٢) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤)، وشرح منح الجليل: (٧/ ١٥١).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠٢) و (٥/ ١٤٨)، وشرح فتح القدير: (٨/ ٣٤٤)، والمهذب: (١/ ٣٩٠)، وكشاف القناع: (٤/ ١٨٩).

(٤) انظر: حاشية الجمل على المنهج: (٥/ ٤٣٠)، والمجموع: (٩/ ٢٦١).

(٥) انظر: المغني: (٥/ ٤٧٥)، والإنصاف: (٦/ ٣٤). ط أولى.

(٦) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ٤٣٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل: (٥/ ٢٩٦).

(٨) انظر: الإنصاف: (٦/ ٣٤).

=

الحنفية[١].

الاتجاه الثاني: الأجرة للعاقد فيما مضىٰ، وكذلك إن كان الاستحقاق بعد الأمد، والمراد بما مضىٰ ما قبل الحكم بالاستحقاق، وأما بعد الحكم بالاستحقاق فالأجرة للمستحق وهو قول المالكية[٢]، وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية[٣].

الاتجاه الثالث: الأجرة للعاقد إن كانت العين المكتراة غير مغصوبة؛ لأنه استحقها بالملك ظاهراً وأما إن كانت العين المؤجرة مغصوبة، ويجهل المستأجر الغصب فالأجرة للمستحق، ويرجع المالك علىٰ الغاصب، أو المستأجر بالمنفعة التي استوفاها والقرار[٤] علىٰ المستأجر إن كان قد استوفىٰ المنفعة، فإن لم يستوفها فقرار الضمان علىٰ المؤجر الغار وهذا مذهب الشافعية[٥].

الاتجاه الرابع: الأجرة للمستحق، ويرجع المستحق علىٰ الغاصب أو المستأجر والقرار علىٰ المستأجر، وهذا مذهب الحنابلة[٦].

لعل القول ببطلان الإجارة واستحقاق الأجرة من العين المكتراة للمستحق يتوجه لدلالة الأصل عليه، وكذلك استحقاق الأجرة يعتمد علىٰ الملك، والملك للمستحق ظاهر.

والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: الفتاوىٰ الهندية: (٤/ ٤٣٤).

(٢) انظر: التاج والإكليل: (٥/ ٣٠٠)، وحاشية الخرشي: (٦/ ١٥٤).

(٣) انظر: الفتاوىٰ الهندية: (٤/ ٤٣٦).

(٤) نهاية الضمان الذي استقر عليه الأمر.

(٥) انظر: شرح منتهىٰ الإرادات: (٢/ ٤١٣)، والإنصاف: (٦/ ١٧٤، ١٨١).

(٦) انظر: الأم: (٣/ ٢٥٧)، والمجموع: (٩/ ٢٦١)، وحاشية الجمل: (٥/ ٤٣٠)، وحاشية الشرواني: (١٠/ ٣٣٦).

المبحث الثاني: قاعدة: استحقاق الأصل بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة

هذه القاعدة تتعلق باستحقاق الزوائد المنفصلة إذا تم الاستحقاق بالبينة على الأصل، وهي مهمة في موضوعها، وتحوي في طياتها مسائل الزوائد المنفصلة عند استحقاق الأصل وهي من القواعد الفرعية .

وبيانها يتمثل في العناصر الآتية:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد التي سطرها فقهاء الحنفية، وهي باللفظ المذكور ذكرها صاحب المبسوط فقال: «فإذا قضينا بالأمة له أثبتنا نسب الولدين منه؛ لأنها ولد أم ولده قد ادعاهما، وأجنبي ادعى نسب ولد أم ولد الغير وهذا لأن استحقاق الأصل بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة»[1] .

وردت القاعدة بلفظ أعم مما سبق: وهو «استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه»[2]، وقد ذكر صاحب المبسوط في موطن التعليل لمسألة الجارية إذا استحقت بأن القضاء بها للمولى هو القضاء بالولد لمولى الجارية؛ لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه؛ فإنه في حكم الجزء له[3] .

والقاعدة مما تناوله الفقهاء في مواطن تعليل المسائل، والمسائل الفرعية تشهد لها بأنها من الأصل الذي جرى العمل عليه[4] .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-التعريف بالزوائد لغة وعرفًا:

الزوائد جمع زيادة، والزيادة في اللغة النمو، يقال: زاد الشيء يزيد زيدًا وزيادةً، نَمَا وكثر[5] .

والزيادة في الاصطلاح: أن ينضم إلى ما عليه الشيء في نفسه شيء آخر، أو هي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته في المبيع[6] .

ب-أقسام الزوائد:

والزوائد على أربعة أقسام عند الفقهاء:

---

(١) المبسوط للسرخسي: (١٧/ ١١٠-١٠٩) .

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٧/ ١٧٧) .

(٣) انظر: المصدر السابق .

(٤) انظر: المبسوط: (١٧/ ١٧٧)، ومواهب الجليل: (٥/ ٢٩٨)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤٠٩) .

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٤٤٥)، ومختار الصحاح: ص(٢٧٩)، والمعجم الوسيط: ص(٤٠٩) .

(٦) التعريفات الفقهية للبركتي: ص(١٠٩) .

=

الأول: الزوائد المتصلة غير المتولدة من الأصل كالصبغ والخياطة[1].

الثاني: الزوائد المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن[2]، والحمل[3].

الثالث: الزوائد المنفصلة المتولدة من الأصل كولد الشاة، ولد الجارية[4].

الرابع: الزوائد المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة[5].

ج-أثر الاستحقاق في الزوائد:

سبق أن الاستحقاق يوجب الملك للمستحق في الأصل، وهو يخالف الرد بالعيب، حيث أن الزوائد قد تمنع الرد بالعيب إذا كانت متصلة غير متولدة من المبيع[6]، وكذلك إذا كانت منفصلة متولدة من المبيع عند الحنفية[7] بخلاف الاستحقاق فإنه لا يؤثر الزوائد على الاستحقاق في إفادته لتملك المستحق، ويظهر أثر الاستحقاق في الزوائد فيما يلي:

أ- أثر الاستحقاق في الزوائد المتصلة:

١-أن تكون الزوائد متصلة متولدة من الأصل كالسمن ونحوه وأن يكون الأصل مستحقًا فهل الزوائد تكون للمستحق أم هي للمستحق منه؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: إنها للمستحق بسبب استحقاقه، وأن المأخوذ منه يرجع على بائعه بما زادَ بأن تقوم قبل الزيادة وبعدها، ويرجع بالفرق، ولا يرجع المشتري على البائع بما أنفق، والعبرة في القيمة بيوم الاستحقاق وهذا مذهب الحنفية[8]، والحنابلة[9] ومذهب المالكية في المغصوب[10]. قالوا: إن كان المستحق مغصوبًا والمشتري

(١) انظر: حاشية البجيري: (٢/ ٤٠٣).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٣٩)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٥٩).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٣٩)، والجامع لمسائل المدونة: (١/ ٦)، وتحفة المحتاج: (٥/ ٦٦٨)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٥٦).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٣/ ١٠٤)، والجامع لمسائل المدونة: (١/ ٦)، وتحفة المحتاج: (٦/ ٦٧١-٦٦٩)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٥٥-٢٥٦).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: المصادر السابقة في هامش: (٤).

(٧) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٣/ ١٠٤)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٣٩).

(٨) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٤)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٥، ٢٠٢).

(٩) انظر: القواعد لابن رجب: ص(١٤٨، ١٥٤، ١٦٨، ٢١٣).

(١٠) انظر: شرح الخرشي: (٥/ ١٢٩، ١٥٠)، (٦/ ١٤٧)، وحاشية البناني: (٥/ ١٥٢).

=

من الغاصب يجهل ذلك فالزيادة للمستحق[1] .

القول الثاني: إنها للمستحق منه ما لم يكن الأصل مغصوبًا، وهذا مذهب المالكية[2]، ومذهب الشافعية إذا أخذت العين المستحقة ببينة مطلقة لم تصرح بتاريخ الملك[3] .

الذي يظهر لي هو القوم بثبوت الملكية فيها للمستحق لسبب تملك الأصل، ولأنها من نماء ملكه، وليس لغير حق في أخذها بغير رضاها كالأصل المستحق وعلى هذا فإن الاستحقاق يؤثر في تملك الزوائد، ويفيد الملك في الزوائد لصاحب الأصل المستحق والله أعلم بالصواب .

٢-أن تكون الزوائد متصلة غير متولدة من الأصل، والأصل مستحق فهل هي للمستحق أم لا؟

القول الأول: إنها للمستحق وليس لغيره حق فيها وهذا مذهب الشافعية[4] والحنابلة[5] .

القول الثاني: إنه يخير المستحق بين أخذ الزيادة بقيمتها مقلوعة، وبين أمر المأخوذ منه بقلعها مع تضمينه نقصان الأرض وهذا مذهب الحنفية[6]، والمالكية[7] .

ب- أثر الاستحقاق في الزوائد المنفصلة:

أما إذا كانت الزيادة منفصلة فإنها تكون للمستحق أم للمستحق منه؟ اتفقوا في الجملة على أن الاستحقاق إذا ثبت بالبينة، وقضى به القاضي ثم قضى بالزيادة فتكون الزوائد مستحقة بالأصل لصاحب الملك[8] .

واختلفوا في الاستحقاق إذا ثبت بغير البينة هل هي تكون للمستحق أم لا؟

القول الأول: إنها للمستحق كاستحقاق الأصل، وهذا قول جمهور الفقهاء[9] .

القول الثاني: الزوائد لا تكون للمستحق، وإنما تكون للمأخوذ منه وهذا مذهب الحنفية[10]، قال في

---

(١) انظر: الشرح الصغير: (٣/ ٦١٨) .

(٢) انظر: الشرح الصغير: (٣/ ٦١٨)، والمقدمات: (٢/ ٢٦٢-٢٦١) .

(٣) انظر: حاشية الشرواني: (١٠/ ٣٣٦)، وحاشية القليوبي: (٢/ ١٨١)، وشرح الروض: (٢/ ٣٤٠، ٣٤١) .

(٤) انظر: فتح العزيز: (١٠/ ٣٦٨)، وروضة الطالبين: (٤/ ٢٤٩) .

(٥) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٨٦)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٤١٧)، والقواعد لابن رجب: ص(١٤٨ن ١٥٤، ١٦٨) .

(٦) الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٤)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٥، ٢٠٢) .

(٧) انظر: شرح الخرشي: (٦/ ١٥٢) .

(٨) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٤)، وشرح الخرشي: (٦/ ١٥٢)، وحاشية البناني: (٥/ ١٥٢)، وفتح العزيز: (١٠/ ٣٦٨)، وكشاف القناع: (٤/ ٨٦) .

(٩) انظر: المصادر السابقة .

(١٠) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٥، ٢٠٢) .

=

المبسوط: «إن الإقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء، وإنما يقضي القاضي بالإقرار فقط، ولهذا قلنا: إن استحقاق الملك بالإقرار لا يظهر في حقوق الزوائد المنفصلة، فأما البينة لا توجب إلا بقضاء القاضي، وإنما يقضي القاضي بما هو المقصود وهو كون المال مشتركًا بينهما، فلهذا لا يقبل بينة ذي اليد بعد ذلك»(١).

الذي يظهر لي هو القول بأن الزوائد المنفصلة تعود للمستحق لسبب ملكه في الأصل وبالتالي في الزوائد والله أعلم بالصواب.

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بلفظها المذكور تنص على أن استحقاق الأصل إذا ثبت بالبينة المعتبرة شرعًا فإنه يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة عن الأصل، سواء كانت متولدة منه أم غير متولدة منه، وتكون الزوائد داخلةً في الأصل بسبب الاستحقاق، وهي تتبع الأصلَ في الحكم.

والقاعدة بدلالتها تشير إلى أن الاستحقاق المفيد للملك في الأصل وزوائده المنفصلة لا بد له من شروط وهي:

الأول: أن يثبت استحقاق الأصل؛ لأن استحقاق الزوائد تابع له، فإن لم يثبت الاستحقاق في الأصل فلم يثبت في الزوائد.

الثاني: أن يكون الاستحقاق بالبينة لا بالإقرار والنكول عن اليمين.

فإن كان الاستحقاق قائمًا على الإقرار أو النكول فإنه لا يثبت استحقاق الزوائد المنفصلة عند فقهاء الحنفية وقد سبق الكلام عليه مفصلًا.

الثالث: أن يقضي بها القاضي وهو شرط مختلف فيه عند الحنفية(٢).

والقاعدة بفحواها تفيد أن الاستحقاق الحاصل على الأصل بأي معنى أو سبب لا يقوم سببًا موجبًا لثبوت الملك في الأصل، ومن هنا لا يثبت الملك في زوائده المنفصلة إلا أن القاعدة بلفظ استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه لا تقيد المعنى بهذه القيود وهي بنصها تدل أن من استحق الأصل بأي سبب أو معنى كان فهو يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة أو المتولدة من ذلك الأصل.

والقاعدة بمفهومها تتضمن أن استحقاق الأصل بأي معنى أو سبب يكون موجبًا لاستحقاق الزوائد المتصلة بالأصل، وأن الزوائد لا تؤثر في ثبوت الاستحقاق على الأصل، والله أعلم بالصواب.

---

(١) المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٨٦).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٤).

رابعًا: صحة هذه القاعدة، وأقوال الفقهاء فيها، والأدلة عليها:

عُلم مما سبق أن القاعدة بمضمونها وإطلاقها من القواعد التي اتفق عليها الفقهاء -رحمهم الله، وقد تحدثت في أثر الاستحقاق في الزوائد المنفصلة، إلا أن الفقهاء مختلفون في قيودها .

فالحنفية قالوا بصحة القاعدة بقيودها الثلاثة والجمهور يخالفونهم في ذلك .

وبما أن الاستحقاق سبب لثبوت الملك في الأصل، فكونه موجبًا للملك في الزوائد أولى وبناءً على هذا أقول أن القاعدة صحية المعنى، عند الفقهاء -رحمهم الله-[1] .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تخرج على هذا الأصل فروع فقهية كثيرة، أذكر هنا جملة:

١-**منها**: لو اشترى بقرة ثم حملت، وولدت، وثبت أنها مستحقة فلمستحقها البقرة مع ولدها؛ لأنها زوائد ملكه، ويعود المشتري على البائع بالثمن[2] .

٢-**ومنها**: لو كانت أمة في يد رجل وفي يده ولد لها، وفي يد رجل آخر ولد لها، وادعى الذي في يده الولد أن الولدين جميعًا ابناه ولدا من هذه الأمة في بطن واحدٍ أو في بطنين وأن الأمة أمته، وأقام البينة على ذلك، وادعى الذي في يديه مثل ذلك وأقام البينة على ذلك، فإنه يقضي بالأمة والولدين جميعًا للذي كانت الأمة في يديه؛ لأن كل واحدٍ منهما يدعي حق العتق فيها بسبب أمية الولد فكان دعواه حقيقة العتق فيها والبينة بينة ذي اليد ... فإذا قضي له بالأمة، ثبت نسب الولدين منه وذلك لأن استحقاق الأصل يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة .[3]

٣-**ومنها**: لو اشترى أرضًا، فبنى فيها، وغرسَ، ثم ثبت أن الأرض مستحقة هل يأخذ المستحق الغرس والبناء بسبب استحقاقه الأرض أم لا؟

جمهور الفقهاء في المسألة على أن للمستحق قلع الزرع والبناء[4] خلافًا للمالكية[5] فقالوا: ليس للمستحق قلع البناء والغرس والزرع، قال في الشرح الكبير: «إن غرس ذو الشبهة أو بنى، وطالبه المستحق، قيل: للمالك أعطه قيمته قائمًا منفردًا من الأرض، فإن أبى المالك فللغارس أو الباني دفع قيمة الأرض بغير غرس وبناء،

---

(١) انظر: تفصيل الكلام على هذا في أثر الاستحقاق .

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (١/ ٣٧٦) .

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٨٦).

(٤) انظر: الفتاوى الهندية: (٤/ ١٤٤)، وفتح العزيز: (١٠/ ٣٦٨)، وروضة الطالبين: (٤/ ٢٤٩)، وكشاف القناع: (٤/ ٨٦) .

(٥) انظر: مواهب الجليل: (٢/ ١٥٤) .

=

فإن أبىٰ فهما شريكان بالقيمة»[1] .

٤-**ومنها:** لو اشترىٰ سيارة ثم أجرها أجرة فظهر أنها مستحقة، فالمستحق يأخذ السيارة مع أجرتها بناءً علىٰ الأصل المذكور[2] .

٥-**ومنها:** لو استأجر محلًا من رجلٍ ثم سواه دكانًا فظهر استحقاقه فإن المستحق له أن يأخذ المحل مع بدل الخلو أي التقبيل إذا ثبت الاستحقاق علىٰ الأصل[3] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير: (٦/ ١٥٢) .

(٢) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٥٤) .

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٤٣)، والفتاوىٰ الهندية: (٤/ ١٤٤) .

المبحث الثالث: قاعدة: الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة

هذه القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بأحكام الاستحقاق، والقاعدة بدلالتها اللفظية تعالج أحكام الاستحقاق الحاصل على المباحات وهي قاعدة مهمة في تملك المباحات بالاستحقاق كما أنها تقيد ماهية الاستحقاق بأن الاستحقاق لا بد له أن يعتمد على الأسباب المعتبرة شرعاً.

ودراستها تأتي على النمط الآتي:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها صاحب كشاف القناع والنص فيه: «والملك مقصور فيه على قدر المأخوذ، فلا يملك ما لم يجزه، ولا يمنع غيره منه، وإن سبق إليه اثنان فأكثر قسم بينهما بالسوية، لأنهما استويا في السبب والقسمة ممكنة، وحذرًا من تأخير الحق، ولو كان الآخذ للتجارة أو الحاجة، أي لا فرق بين الحاجة والتجارة؛ لأن الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة»[١].

جاء في المغني ما يؤكد هذا المعنى، مفاده: «ولو بادر أحدهما بأخذ اللقطة فهي لآخذها؛ لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد»[٢]، وعبارات الفقهاء تؤكد مدلول هذه القاعدة وإن لم ينصوا عليها[٣].

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة، وما يتعلق بها:

أ-الحاجة: لغة واصطلاحًا:

الحاجة في اللغة: تطلق على الافتقار، وعلى ما يفتقر إليه[٤]، وقال في معجم مقاييس اللغة: هو الاضطرار إلى الشيء[٥].

وهو في الاصطلاح: ما يفتقر إليه الإنسان مع أنه يبقى بدونه.

وهي تخالف الضرورة فإن الضرورة ما لا بد له في بقائه[٦].

---

(١) كشاف القناع: (٣/ ٤١٠-٤٠٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٤/ ١٠١)، (٢٧/ ٤٦)، والوسيط: (٣/ ٤٦١)، وروضة الطالبين: (٥/ ١٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام: (٣٠/ ٣٧١)، (٣١/ ٣٤).

(٤) انظر: المصباح المنير: ص(٦٠)، ومختار الصحاح: ص(١٦١-١٦٠)، والكليات: ص(٤٠٧).

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٢٦٨) الأولى أن يعبر بالافتقار.

(٦) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٧٥).

=

وعرفها الشاطبي في الموافقات[1]: ما يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المصلحة، فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة» .

والحاجة مرتبة من مراتب المصلحة، والمقصود بالحاجة في القاعدة هو الاحتياج والافتقار إلى شيء، وهو معناها اللغوي .

ب-الأصل في الحاجات تحقيقها ومراعاتها ما لم تكن محظورة شرعًا ومعصيةً:

لأن الإنسان محتاج إلى ما يحقق مصالحه الدينية والدنوية دون حرج ومشقةٍ، إلا أن الحاجات قد تكون ماسة ملحة لا بد من توفيرها . والفقهاء -رحمهم الله- مراعاةً لهذا النوع ذكروا قاعدة وهي: **الحاجة تنزل منزلة الضرورة**[2]، وفي مجلة الأحكام العدلية: الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة[3] والمراد بتنزيلها منزلة الضرورة أنها تؤثر في الأحكام، فتبيح المحظور وتجيز ترك الواجب وغير ذلك .

وإن كانت الحاجة بمنزلة الضرورة فإنها تستدعي الاستحقاق الذي يفيد التملك ولو كان المستحق مملوكًا .

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تنص على أن الاستحقاق الذي يفيد الملك في المستحق سواء كان مباحًا أو مملوكًا للمستحق لا بد أن يقوم على سبب أو معنى من المعاني الموجبة للملك، ولا يثبت الاستحقاق مراعاة لمصلحة الحاجة بمعنى الافتقار والاحتياج، لأن الحاجة مصلحة تخص الفرد لكونها تستدعي تيسيرًا أو تسهيلًا لأجل الحصول على المقصود .

والقاعدة بمفهومها تدل على أن الاستحقاق لا يثبت في المدعى عليه بدون سبب من أسباب الملك، ولا يراعى فيه حوائج الناس ومصالحهم .

والقاعدة بالصيغة المذكورة تفيد ماهية الاستحقاق، وهي تتعلق باستحقاق المباحات ويمكن تطبيقها على غير المباحات عند اعتبار الاستحقاق مفيدًا للملك لأجل الضرورة.

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة، والأدلة عليها:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها عند الفقهاء في باب ثبوت الاستحقاق، وباب استحقاق المباحات[4]،

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي: (٢/ ١١-١٠)، وانظر كذلك: فواتح الرحموت: (٢/ ٢٦٢)، وإرشاد الفحول: ص(٢١٦)، والمستصفى: (١/ ٢٨٩)، وجمع الجوامع: (٢/ ٢٨١) .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٩٢-٩١)، والأشباه النظائر للسيوطي: ص(٩٧)، والمنثور في القواعد: (٢/ ٢٥-٢٤) .

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٣٢)، وشرح القواعد: ص(٢٠٩) .

(٤) انظر: المبسوط: (١١/ ٢١٦)، والمهذب: (١/ ٣١٢)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ١٣٨)، وكشاف القناع: (٣/ ٤٠٩-٤١٠) .

=

إلا أنها تتقيد بشروط وهي:

الأول: أن يكون الاستحقاق بالفعل الموجب للملك وإلا فلا يكون الاستحقاق مفيدًا للحكم، ويكون دعوىٰ مجردة وعلىٰ هذا لا يلتفت في الاستحقاق إلىٰ حاجة الناس ومصلحتهم ولا إلىٰ القصد والإرادة والرؤية(١).

الثاني: أن لا يسبقه غيره بالسبب، فإن سبق فهو أحق بما سبق إليه، وكذلك يشترط فيه أن لا يشاركه غيره في السبق والفعل، فإن شاركه غيره فهما شريكان لشركة المباحات إلا أن يكون قد وكله صاحبُه عند من يقول بصحة التوكيل(٢).

الثالث: أن يكون سبب الاستحقاق ظاهرًا، بحيث لا يحتاج إلىٰ إثبات. فإن كان سبب الاستحقاق غير ظاهر فلا بد فيه من إثبات البينة(٣).

الرابع: أن يكون المستحق مباحًا إذا كان الاستحقاق في المباحات(٤). والله أعلم.

خامسًا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

أثر هذه القاعدة يظهر في الفروع الفقهية الجمة، اذكر هنا زمرةً منها:

١-من سبق إلىٰ مباح فأخذه فإنه يملكه بالأخذ؛ لأن الأخذ سبب يوجب الملك في المباح(٥).

٢-**ومنها**: لو صادَ صيدًا أو وضعَ شبكةً لصيد الأسماك فإنه يثبت له الاستحقاق فيما صادَ أو وضعَ ولا يزاحمه غيره في حق؛ لأنه تثبت الاستحقاق له بالسبب(٦).

٣-**ومنها**: لو رأىٰ اثنان لقطة، فبادر أحدهما إليها وأخذها أو رآها أحدهما، فأعلم بها صاحبه فأخذها، فهي للآخذ؛ لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد(٧).

٤-**ومنها**: لو رأىٰ واحد من جماعة صيدًا، واختص برؤيته من بينهم ثم أخبرهم فبادر إليه غيره، فأخذه، كل لآخذه خاصة، لأن المباحات إنما تستحق بوضع اليد عليها لا المعاينة و لا الحاجة.

(١) انظر: المغني: (٨/ ٣٠١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١).

(٣) انظر: المبسوط: (١٧/ ١١٠)، ومجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام: (٣٠/ ٣٧٢-٣٧١).

(٤) انظر: المجموع: (٧/ ٢٦١)، والشرح الكبير: (١٦/ ١٣٨)، وكشاف القناع: (٣/ ٤١٠).

(٥) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٤٠٩).

(٦) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٤٠٩).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١).

=

ولو تنازع الجماعة فيه بعد أن رأوا وقبل أن يضعوا أيديهم عليه وكل واحد منهم قادر على أخذه فهو لجميعه لتساويهم في ذلك لعدم المنازع لهم من غيرهم والنظر يقتضي أن لا شيء لواحد منهم لانعدام سبب الملك في حقهم، وإنما حسن القضاء به لانتفاء المنازع من غيرهم[١].

٥-**ومنها**: لو دخل أحد من الغزاة إلى دار الحرب فارسًا، فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فهل يستحق سهم الراجل أم يستحق سهم الفارس؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يستحق سهم الراجل إن كان عند حالة الإحراز راجلًا، ويستحق سهم الفارس إن كان عندها فارسًا ولو دخل راجلًا .

وهذا مذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] وبه قال إسحاق وأبو ثور، وهو مروي عن ابن عمر[٥].

واستدلوا بما يأتي:

١-قول عمر رضي الله عنه : «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[٦] .

٢-ولأن الاعتبار في استحقاق السهم حالة الإحراز فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل وإن أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس[٧] .

القول الثاني: إنه يستحق سهم الفارس، وهذا مذهب الحنفية[٨] . لأن الاعتبار في استحقاق سهم الفارس أو الراجل وقت مجاوزة الدرب أي مدخل دار الحرب[٩] .

---

(١) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ٢٢٤-٢٢٣) .

(٢) انظر: المدونة الكبرى: (١/ ٣٢) .

(٣) انظر: الأم: (٤/ ٢٦١)، والمهذب: (٢/ ٢٤٥) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٣٣/ ٨٤) .

(٥) انظر: المصدر السابق .

(٦) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ٣٣٥)، في باب المدد يلحق بالمسلمين من كتاب قسم الفيء والغنيمة، وفي (٩/ ٥٠) باب الغنيمة لمن شهد الوقعة من كتاب السير، وسعيد بن منصور في السنن: (٢/ ٢٨٥) في باب ما جاء في من يأتي بعد الفتح من كتاب الجهاد .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٨٤) .

(٨) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ٢٨٤) .

(٩) المصدر السابق .

الذي يظهر لي هو القول الأول؛ لأن الإحراز سبب الاستحقاق، فالاعتبار به في استحقاق السهم ولا يعتبر الدخول سببًا للاستحقاق، فالذي دخل ولم يقاتل لا يستحق السهم وكذلك الفارس والراجل والله أعلم .

المبحث الرابع: قاعدة: استحقاق الإذن لا يغير حكم الملك

هذه القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بأحكام الاستحقاق، والقاعدة باللفظ المذكور تعالج أحكام استحقاق الإذن، وهي تلقي الضوء على مدى أثر استحقاق الإذن في الملك .

دراسة القاعدة تأتي على الوجه المذيل:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها صاحب الحاوي الكبير، حيث قال: «أن استحقاق الإذن لا يغير حكم الملك، كما لو حلف المالك: لا دخلت داري فدخل دارًا قد أجرها حنث وإن كان الإذن في دخولها حقًا لغيره»(١) .

وعبارات الفقهاء -رحمهم الله-، وتفريعهم على هذا الأصل تؤكد مدلول القاعدة(٢) .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- معنى الإذن لغة واصطلاحًا:

الإذن في اللغة إطلاق الفعل، والإباحة، والعلم والإعلام(٣) .

وهو إجازة الإتيان بالفعل، فالإجازة والإذن كلاهما يدل على الموافقة على الفعل؛ إلا أن الإذن يكون قبل الفعل والإجازة تكون بعد وقوعه(٤) .

ويطلق على فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعًا شرعًا كالعبد والصبي، ويقال له المأذون له(٥).

ب- استفادة استحقاق الإذن:

استحقاق الإذن مبني على استحقاق المنفعة أو الانتفاع المقتضي- استحقاق التصرف، وهذا الاستحقاق يستفاد من صاحب الملك؛ لأن الأصل أن كل مملوك لشخصٍ لا يجوز تصرف غيره فيه بدون إذنه إلا لحاجة(٦) .

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (١٥/ ٣٦٣)، وعنه ذكرها الندوي في الموسوعة: (٢/ ٤٧) .

(٢) انظر: المبسوط: (٣/ ٣٨)، ومواهب الجليل: (٤/ ٢٢٣، ٢٤٧)، والإنصاف: (٤/ ٣٨٥) .

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٥١)، والمصباح المنير: ص(٤١)، والكليات:ص(٧٢) .

(٤) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون: (١/ ٩٣، ١١٣)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٣٨٣) .

(٥) انظر: التعريفات الفقهية للبركتي: ص(٢١) .

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٣١) .

=

وإذن صاحب الملك لغيره فيما يملكه يكون على الوجوه الآتية[1]:

١-الإذن بنقل الملك إلى الغير كالبيع والهبة والوقف .

٢-الإذن بالتصرف، بأن يأذن لغيره بالتصرف فيما يملكه، كما في الوكالة، والمضاربة، فإن الوكيل والمضارب يتصرفان في ملك غيرهما بإذن المالك على ما يقع عليه الإذن من تصرفات وكذلك الوصي وناظر الوقف .

٣-الإذن بالانتفاع: بأن يأذن صاحب الملك لغيره بالانتفاع بالشيء المملوك، والإذن بالانتفاع لا يقتضي ملكية الآذن للعين بل يكفي كونه مالكًا للمنفعة، وهو قد يكون بدون عوضٍ كما في العارية، وقد يكون بعوضٍ كما في الإجارة .

ويشترط في الإذن بالانتفاع شرطان[2] :

الأول: أن يكون الإذن فيما لا معصية فيه، كإعارة الجارية للوطء .

الثاني: أن يكون الانتفاع على الوجه الذي أذن فيه المالك أو دونه في الضرر وإلا كان متعديًا.

٤-الإذن بالا ستهلاك: بأن يأذن صاحب الملك با ستهلاك ما هو مملوك له من رقبة العين حيث يأذن لغيره بتناولها وأخذها وذلك كالطعام الذي يقدم في الولائم والضيافات وما ينثر على الناس في الأحفال من دراهم وهدايا .

واستحقاق الإذن يستفاد من باب الإذن بالتصرف .

والإذن بالتصرف من حيث أثره ينقسم إلى قسمين[3]:

الأول: ما ترجع فائدته إلى المأذون له، فإن كان من المنافع فهو العواري وإن كان من الأعيان فهو المنائح والضيافات .

الثاني: ما ترجع فائدته إلى الآذن وهو صاحب الملك، فإن كان من الاستصناع كالحلق، والحجامة والخياطة والدلك ففي ا ستحقاق الأجرة به خلاف وإن كان من التصرف القولي فهو التوكيل في أصناف المعاملات وإن كان تصرفًا فعليًا كالقبض والإقباض فهو التوكيل في كل ما يتعلق به

---

(١) انظر: تفصيل الكلام في حا شية ابن عابدين: (٣/ ٣٢٤)، والاختيار: (٣/ ٥٥)، وحا شية الد سوقي: (٣/ ٤٣٧)، (٤/ ٤١، ٧٢، ٨٨)، ومواهب الجليل: (٦/ ٣٥)، وقواعد الأحكام: (٢/ ٧٣، ٧٤)، ومنتهى الإرادات: (٣/ ٨٩) .

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٣٥) .

(٣) انظر: قواعد الأحكام: (٢/ ٧٤-٧٣) .

الإذن من الأفعال القابلة للتوكيل .

واستحقاق الإذن هنا من كلا القسمين .

والمقصود با ستحقاق الإذن في القاعدة هو أن يستحق التصرف في الملك من قبل المالك أو من يقوم مقامه، والله أعلم .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تنص على أن اســتحقاق الإذن الذي ينبي على الإذن بالتصرــف والانتفاع لا يغير في حكم الملك، فالملك يكون لصاحبه، ولصاحب الملك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء إلا أن ملكه إذا تعلق به حق لغيره فلا بد له من إذنه، ولا يؤثر استحقاق الإذن على العين المملوكة، كما أن استحقاق الأصل يؤثر في نقل الملك من الحائز إلى المستحق، وعلى هذا ا ستحقاق الإذن لا يقوم سببًا لإفادة الملك في رقبة العين، إلا أنه قد يفيد ملك الانتفاع، والمنفعة كما سبقت الإشارة إليه .

وكان الأولى أن يعبر عن ا ستحقاق الإذن با ستحقاق المنفعة، ولما كان الإذن مقصودًا في الجواب جاء بلفظ الإذن[1] .

والقاعدة بمفهومها تدل على أن استحقاق العين لا يسلب حكم الملك من صاحبه والله أعلم .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة والعمل بها والأدلة عليها:

هذه القاعدة من الأصول الذي اتفق عليها الفقهاء في الجملة[2] .

بناءً على أن اســتحقاق الإذن من باب اســتحقاق الانتفاع من قبل صــاحب الملك، ولا يعتبر ذلك انتقالًا للملك، ولا يستفيد به المستحق حق التملك ويظهر هذا المعنى جليًا في الفروع الفقهية، والله ولي التوفيق .

خامسًا: الفروع الفقهية المندرجة تحت الأصل:

يمكن تخريج فروع فقهية كثيرة على هذا الأصل، وإليكم هنا جملة منها:

١-مسألة العبد المأذون له في التجارة وغيرها، الذي استحق الإذن من قبل سيده بأن استحقاق الإذن بالتصرــف في رقبة نفســه لا يؤثر على ملك ســيده، فهو عبد مملوك لســيده وإن كان في حكم الحر في التصرف[3] .

٢-**ومنها**: مســألة المضــارب أو عامل القراض باعتباره مأذونًا من رب المال في التجارة هل يملك أن

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (١٥/ ٣٦٣) .

(٢) انظر: بدائع الصــنائع: (٧/ ١٩٤)، والقوانين الفقهية: ص(٣٩١)، ومواهب الجليل: (٥/ ٧٦)، والمهذب: (١/ ٣٨٩)، وروضــة الطالبين: (٣/ ٥٦٧)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٥١) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٩٤) وما بعدها، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٣٥١) .

يضارب غيره بمال المضارب أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: إنه لا يجوز لعامل المضارب أن يضارب غيره إلا بإذن رب المال فإن أذن له جاز، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والحنابلة(٣)، وهو الأصح عند الشافعية(٤).

وذلك لأنه دفع إليه المال ليضارب به، وبدفعه إلى غيره مضاربةً يخرج عن كونه مضاربًا به، ولأنه يستحق هذا التصرف بما تقتضيه المضاربة، ودفع المال إلى غيره مضاربة ليس من هذا الباب(٥) بل هو من باب ملك الضمان.

القول الثاني: يجوز له ذلك، وهو وجه للشافعية(٦)، ووجه عند الحنابلة خرجه القاضي أبو يعلى من الحنابلة(٧).

الذي يظهر لي هو القول الأول، وهو مقتضى باب التوكيل، والمضارب يتصرف في ملك رب المال من باب الوكالة، والله أعلم.

٣-ومنها: لو أجَّر داره لرجل فإنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لرجل آخر ما دامت العين لا تتأثر باختلاف المستعمل، وذلك لأن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع، ويزول ملك الموجر عنها؛ إلا أنه لا يؤثر في ملكية العين المستأجرة بدليل جواز بيع العين المستأجرة(٨).

٤-**ومنها**: لو زوج رجل أمته من آخر، يجوز له أن يبيعها منه أو من غيره، لأن الأمة مملوكة، وسبب استحقاق الانتفاع لا يؤثر في ملك السيد(٩).

---

(١) انظر: الاختيار: (٣/ ٢٠).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٣٨٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٥٧-١٥٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣١٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٥٦).

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣١٤).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٥٦).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٥، ٤٨، ٤٩).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٤٨).

المبحث الخامس: قاعدة: الاستحقاق بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بأحكام الاستحقاق أيضًا، وهي تدور حول أثر الاستحقاق في تمام الصفقة، و بالتالي ثبوت الملك في الأشياء التي وقعت عليها الصفقة. كما أنها تتعلق بأثره في صحة الصفقة قبل تمامها بالقبض، وهي قاعدة مهمة في باب أثر الاستحقاق في ثبوت الملك لشمولها على كثير من مسائل أثر الاستحقاق .

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

سلفت الإشارة إلى أن هذه القاعدة من القواعد الفرعية في باب الاستحقاق والقاعدة بالصيغة المذكورة ذكرها فقهاء الحنفية في كتبهم[1]، وهم يذكرونها في مواطن التعليل .

قال في الهداية: «ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي؛ لأنه لا يضره التبعيض، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة؛ لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام»[2] .

ذكر ابن الهمام تعليقًا على التفريق أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فعلل ذلك بأن تفريق الصفقة إنما يمتنع قبل التمام لا بعده، وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض، ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق، والاستحقاق لا يمنعُ تمامها؛ لأن تمامها برضا العاقد، وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق، ولذا يبقى العقد صحيحًا إذا أجاز المستحق لبدل الصرف، ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين .

فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد، لا المستحق، وأما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، لأن تمامها بعد الرضا بالقبض»[3] .

وفي فتح باب العناية: «وإن قبض الكيلي أو الوزني، ولو استحق البعض منه لم يرد الباقي، لأن الشركة فيهما ليست بعيب إذ التبعيض فيهما لا يضر، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة؛ لأن العقد حق العاقد وتمامه

---

(١) انظر: المبسوط: (٧/ ١٩٥)، (١٣/ ٧٦)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٨٠-٣٧٩) والهداية: (٣/ ٣٤، ٤٠)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٢٨) .

(٢) الهداية في شرح البداية: (٣/ ٤٠) .

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٠-٣٨٩)، وكذلك انظر: المبسوط: (١٣/ ٧٩) .

=

برضاه، وقد وجدلا برضا المالك»[١] .

وجاء في المغنى ما يفيد هذا المعنى: «وإن وقع العقد على مكيلٍ أو موزونٍ، فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي رواية واحدةً، ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن، لأن العقد وَقعَ صحيحًا فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض، وكما لو وجد أحد المبيعين معيبًا فرده، أو أقال أحد المتبايعين الآخر في المبيع»[٢] . و القاعدة تتعلق باستحقاق بعض المعقود عليه بعد القبض.

هذه العبارات وغيرها تعضد مدلول القاعدة معنًى وحكمًا، والله أعلم .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-تعريف الصفقة لغة واصطلاحًا:

الصفقة: المرة من الصفق، وهي في اللغة: «الضرب الذي يسمع له صوت»[٣]، الصاد والفاء والقاف أصل صحيح يدل على ملاقاة شيء ذي صفحة لشيء مثله بقوةٍ، ومن ذلك صفقتُ الشيءَ بيدي: إذا ضربته بباطن يدك بقوةٍ .

والصفقة: ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة وتلك عادة جاريةً للمتبايعين، وإذا قيل: أصفق القوم على الأمر: إذا اجتمعوا عليه[٤] .

وفي الاصطلاح تطلق الصفقة على عقد البيع[٥] .

والمقصود بتمام الصفقة هو تمام العقد بالقبض، ويكون تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهو يتعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقًا قبل التمام[٦]، والصفقة لا تتم إذا كان في العقد خيار الشرط والرؤية[٧] .

والمقصود بتفريق الصفقة هو تفريق ما اشترى في عقد واحدٍ، ويكون تفريق الصفقة إذا حصل ذلك قبل

---

(١) فتح باب العناية: (٢/ ٣٢٨) .

(٢) المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٧) .

(٣) انظر: مختار الصحاح: ص(٣٦٥) .

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٥٤٥)، والمصباح المنير: ص(١٣١)، ومختار الصحاح: ص(٣٦٥)، والكليات: ص(٥٦٣)، والمطلع: ص(٢٧٧) .

(٥) انظر: المطلع: ص(٢٧٧)، والكليات: ص(٥٦٣)، والتعريفات الفقهية: ص(١٢٩) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٩٠-٣٨٧) .

(٧) انظر: المطلع: ص(٢٧٧) .

=

قبض المبيع[١] .

ب-ما يوجب تفريق الصفقة واتحادها:

إن الموجب إذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعًا كان الموجب أو مشتريًا، وإذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول في حصة أحدهما وإذا اتحدا لم يجز قبول المخاطب في البعض، فلا يصح تفريق الصفقة مطلقًا في هذه الأحوال الثلاثة، وكذلك إذا اتحد العاقدان، وتعدد المبيعُ كأن يوجب في مثليين أو قيمي ومثلي لم يجز تفريقهما بالقبول في أحدهما إلا أن يرضى الموجب بذلك ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبدٍ واحدٍ أو مكيلٍ وموزون فيكون القبول إيجابًا، والرضا قبولًا، ويبطل الإيجاب الأول، وأما إذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه إلا بالقيمة كثوبين وعبدين فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضي الموجب، إلا إذا فصل الثمنَ وكرر لفظ الإيجاب مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف، وبعتك هذا بألف وأما لو فصل الثمن ولم يكرر لفظ الإيجاب فعند الإمام أبي حنيفة لا يصح؛ لأن عنده يتكرر البيع بتكرار الإيجاب، وعندهما بتفصيل الثمن[٢] .

الأولى أن يكون الرجوع في مثل هذه الأشياء إلى العرف والعادة، والله أعلم .

ج-أقسام تفريق الصفقة وأثره في العقد:

ذكر ابن قدامة: معنى تفريق الصفقة أن يبيعَ ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدةً بثمنٍ واحدٍ[٣].

وتنقسم الصفقة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يبيع معلومًا ومجهولًا بأن يقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. وهذا البيع باطل بكل حالٍ وبغير خلاف[٤]، لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته .

الثاني: أن يبيع ما يملك وما لا يملك ويكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين عبده، اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: يصح في ملكه بقسطه من الثمن، ويفسد فيما لا يملكه وهو قول الجمهور من الفقهاء من

---

(١) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٣٨٦) .

(٢) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٨٢)، وكذلك المادة رقم: (١٧٩، ١٨٠)، والقوانين الفقهية: ص(١٧٢)، ومطالب أولي النهى: (٣/ ٤٥) .

(٣) المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٥) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٥) .

الحنفية[١]، والمالكية[٢] والحنابلة[٣]، والشافعية في قولٍ[٤] .

القول الثاني: لا يصح، وهو قول للشافعية[٥] وبه قال أبو ثور[٦] .

الثالث: أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء كعبدٍ وحرٍ وخلٍ وخمرٍ وهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه، وفي الآخر وروايتان عند الحنابلة:

الأولى: يصح فيه البيع بقسطه من الثمن، وهو الأظهر من قولين للشافعية .

الثانية: يبطل فيه أيضًا، وهو قول للشافعية؛ لأن الثمن مجهول .

والله أعلم بالصواب .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل على أن الاستحقاق الذي يقوم سببًا لتملك المبيع لا يمنع من تمام الصفقة إذا تمت بالقبض؛ لأن تمام الصفقة يكون برضا العاقد لا برضا المستحق الذي هو المالك وعلى هذا الاستحقاق لا يؤثر في تمام عقد البيع ولكن يشترط في ذلك أن تتم الصفقة بالقبض، ولو لم تتم الصفقة بالقبض يكون ذلك تفريقًا قبل التمام .

والقاعدة تشير أيضًا إلى أن الا ستحقاق يؤثر في الصفقة إذا ظهر قبل تمام الصفقة، وبالتالي أنه يؤثر في تملك المبيع للمشتري إذا ظهر المبيع مستحقًا، والله أعلم بالصواب .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها والعمل بها:

هذه القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بالاستحقاق وهي من القواعد التي اتفق عليها أئمة من المذاهب[٧] بصفة ولكنها بصفة الاستحقاق بعد تمامها مما اختلف فيه الفقهاء بناء على جواز فسخ الصفقة.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٦) .

(٢) المصدر السابق .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٦) .

(٤) انظر: المصدر السابق .

(٥) انظر: المصدر السابق .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٣٦) .

(٧) انظر: انظر: المبسوط: (٧/ ١٩٥)، (١٣/ ٧٦)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٨٧)، والهداية: (٣/ ٣٤، ٤٠)، وفتح باب العناية: (٢/ ٣٢٨)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٥٦)، ونهاية المحتاج: (٤/ ٢٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ٦٠)، وحاشية الجمل: (٣/ ١٤٩)، والفروع: (٤/ ١١٢-١١١)، وكشاف القناع: (٣/ ٢١٨، ٢٢٦-٢٢٥)، ومطالب أولي النهى: (٣/ ١١٢)، ومنتهى الإرادات: (١/ ٣٦٢) .

=

و فقهاء الحنفية اعتنوا بهذه القاعدة أكثر من غيرهم[١] .

اختلفوا في أثر القاعدة بناءً على اختلافهم في الرد بالعيب في مسألتين:

الأولى: فسخ الصفقة قبل بعد الصفقة:

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: يجوز الفسخ بإرادة المشتري أو المستحق بكل ما يدل على الفسخ ولا يحتاج إلى وجود التراضي بين العاقدين أو الترافع للقضاء إذا كان الفسخ قبل تمام الصفقة، أما إذا كانت الصفة قد تمت فالفسخ لا يكون بمجرد إرادة المشتري أو المستحق فلا بد فيه من التراضي والتقاضي،

وهذا مذهب الحنفية[٢] . قال الكاساني: «لأن الصفقة قبل القبض ليست تامة، بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبول كأنه لم يشتره[٣] .

وعلل قولهم فيما بعد تمام الصفقة: ذلك بأن الصفقة قد تمت بالقبض، فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا[٤] . وفي المبسوط: الفسخ بعد تمام الصفقة نظيرًا لإقالة، وهي لا تتم إلا باتفاق العاقدين[٥] .

القول الثاني: يحصل الفسخ بالاستحقاق، ولا تفتقر صحته إلا القضاء ولا للرضا، وهذا مذهب الشافعية[٦]، والحنابلة[٧] .

ولأنه فسخ كالفسخ بخيار الشرط، وكالرد بالعيب قبل القبض فكذا بعده[٨] .

الذي يظهر لي القول بأن الا ستحقاق بعد تمام الصفقة لا يوجب فسخ العقد وذلك لأن الا ستحقاق بعد تمام الصفقة يقوم بزوال ملك المشتري عنه. والله أعلم بالصواب.

الثانية: صحة تصرف المشتري في المبيع قبل ظهور الا ستحقاق وبعده . وبناءً على الأصل ذهب الفقهاء – رحمهم الله– إلى صحة تصرف المشتري في المبيع إذا تمت الصفقة، لأن الاستحقاق لم يؤثر في العقد الذي تم،

---

(١) انظر: ما سبق من مصادر الحنفية .

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨١)، والفتاوى الهندية: (٣/ ٦٦)، وشرح فتح القدير: (٥/ ١٦٨) .

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨١) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨١)، وكذلك انظر: شرح السير الكبير: (٢/ ٢٩٤) .

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٣/ ١٠٣) .

(٦) انظر: المهذب: (١/ ٢٨٤)، والمجموع: (١٢/ ١٥٧) .

(٧) انظر: الشرح الكبير على المقنع: (٤/ ٨٤)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٢٦-٢٢٥) .

(٨) انظر: كشاف القناع: (٣/ ٢٢٦-٢٢٥) .

=

وأما بعد ظهور الاستحقاق فتصرفه كتصرف الغاصب[(١)]، والله أعلم بالصواب .

خامسًا: الفروع الفقهية المخرجة على هذا الأصل:

يمكن تطبيق القاعدة علىٰ جملة من الفروع الفقهية منها:

١-لو اشترىٰ ثوبين أو عبدين مما يمكن الاستفادة بأحدهما دون الآخر بثمن واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما، فيلزمه الآخر؛ لأن العقد لازم له في الآخر لأنه سالم، واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانًا في الآخر[(٢)] .

٢-**ومنها:** لو اشترىٰ شيئًا مما يكال أو يوزن ثم استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي؛ لأنه لا يضره التبعيض، وللأصل الذي بين أيدينا[(٣)] .

٣-**ومنها:** لو استحق بعض المرهون بعد تمام قبض المرتهن عليه، هل يبطل الرهن أم لا؟

اختلف الفقهاء في المسألة علىٰ قولين:

القول الأول: صحة الرهن في الباقي من المرهون، وهو رهن جميع الدين، وهذا مذهب المالكية[(٤)]، والشافعية[(٥)] والحنابلة[(٦)] .

القول الثاني: يبطل الرهن إن كان الباقي مما لا يجوز رهنه ابتداءً، وإما إن كان الباقي مما يجوز رهنه ابتداءً فالباقي من المرهون رهن بحصته من الدين، وهذا مذهب الحنفية[(٧)]، ووافقهم بعض المالكية في الجزء الثاني[(٨)] .

ولعل الأول أظهر لشهادة الأصل الذي بين أيدينا .

٤-**ومنها:** لوأ قال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع لم ينفسخ العقد في الباقي، ويأخذ المشتري الثمن بحصته التي أقال فيها[(٩)] .

---

(١) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ١٦٨-١٦٧)، والمجموع: (١٢/ ١٦٧)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٢٤٨) .

(٢) انظر: المبسوط: (١٣/ ٧٦) .

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي: (٣/ ٤٠) .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (١٣/ ٢٥٨)، وشرح منح الجليل: (٥/ ٤٨٧) ز

(٥) انظر: الأم: (٣/ ١٩٨) .

(٦) انظر: منتهىٰ الإرادات: (١/ ٤٠٥)، ونيل المآرب: ص(١١٣) .

(٧) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٥١)، والعناية: (٨/ ٢٢٤) .

(٨) انظر: شرح منح الجليل: (٥/ ٤٨٧) .

(٩) انظر: المغني: (٦/ ٣٣٧) .

المبحث السادس: قاعدة: الاستحقاق بحقٍ سابقٍ على العقد يبطل العقد

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالاستحقاق أيضًا، وهي قاعدة مهمة لاشتمالها على أحكام الاستحقاق القائم على حق سابقٍ، وهي تتضمن حكم أثر الاستحقاق المبني على الدرك و باتالي ثبوت الملك فيه .

دراستها تكون على الوجه الآتي:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد التي أشار إليها فقهاء الحنفية أيضًا، والقاعدة بصيغتها المذكورة وردت في شرح الزيادات[١] . وأفاد مضمونها كثير من الفقهاء في كتبهم[٢] . وهناك عبارات فقهية تؤدي إلى مدلول هذه القاعدة، فمنها: قال في المبسوط: «وإذا كفل للمشتري كفيلٌ بالدرك، فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة، ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرَكِ سبيل؛ لأن المشتري ما لحقه فيها دركٌ فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع، وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفعة»[٣] .

وذكر في الدر المختار ما مفاده: «لو اشترى دارًا بسيارةٍ ثم استحقت السيارة، وأخذت الدار بالشفعة بطلت الشفعة، ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع ولأن الاستحقاق في عقد المقايضة يبطل البيع[٤] ... قال في رد المحتار مفاده: استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوعَ بعين المبيع قائمًا وبقيمته هالكًا لانتقاض البيع[٥] .

وجاء في المغني: «وإن اشترى شقصًا بعبد أو ثمن معينٍ، فخرج مستحقًا فالبيع باطل، ولا شفعة فيه؛ لأنها إنما تثبت في عقدٍ ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح، فأما الباطل فوجوده كعدمه، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه ردّ ما أخذ على البائع»[٦] .

هذه العبارات وما تحوي في طياتها من الفروع تدل على مضمون القاعدة بوضوحٍ.

ثانيًا: مفردات القاعدة ما يتعلق بها:

أ-الاستحقاق بحق سابق:

هو الاستحقاق الذي يثبت بسبب متقدم على العقد، كالحرمة الأصلية، أو العتق أو نحو ذلك والمقصود به

---

(١) شرح الزيادات: ص(١٢٠٤)، وعنه نقلها الندوي في موسوعته: ٢/ ٤٧) .

(٢) انظر: المبسوط: (١٤/ ١٢٧)، (١٨/ ٤٦)، (٣٠/ ١٧٣)، والمهذب: (١/ ٣٤٢)، وإعانة الطالبين: (٣/ ٧٧)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤٧٩)، والمغني: (٧/ ٧٧)، والروض المربع: (٢/ ١٨٣) .

(٣) المبسوط للسرخسي: (١٤/ ١٢٧) .

(٤) الدر المختار بتصرف: (٥/ ٢٠٨) .

(٥) رد المحتار على الدر المختار بتصرف: (٥/ ٢٠٨) .

(٦) المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٦٩) .

=

هنا استحقاق الدرك أو العهدة ويأتي بيانها على الوجه الآتي:

١-معنى الدرك لغة واصطلاحًا:

الدرك في اللغة: اسم من أدركت الشيء ومنه ضمان الدرك وهو لحوق الشيء بالشيء ووصوله إليه[١]. ومنه قولهم تدارك القوم: لحق آخرهم أولهم[٢]، وقد جاء عن النبي ﷺ: «**أنه كان يتعوذ من جهد البلاء، ودرك الشقاء**»[٣]. قال الجوهري: الدرك: التبعة[٤].

والفقهاء -رحمهم الله- يستعملون هذا اللفظ بمعنى التبعة أي المطالبة والمؤاخذة[٥].

وفي الاصطلاح: هو الاستحقاق بحق متقدمٍ على البيع[٦]، والمقصود بالدرك هنا هو درك المبيع والثمن[٧].

وهم يضمون إليه كلمة ضمان، فيعرفونه بلقب ضمان الدرك وضمان الدرك في الاصطلاح عرف بعدة تعريفات يختلف بعضها عن بعض حسب المذاهب:

١-إنه التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع[٨].

٢-عرّفه في التعريفات الفقهية[٩]: هو أن يأخذ المشتري من البائع رهنًا بالثمن الذي أعطاه خوفًا من استحقاق المبيع.

٣-عرفه الشافعية بأنه: هو أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابلة مستحقًا أو معيبًا أو ناقصًا لنقص الصنجة سواء أكان الثمن معينًا أم في الذمة[١٠].

وفقهاء الحنفية يعبرون عنه بالكفالة بالدرك أيضًا[١١] وأما المالكية والحنابلة فهم يعبرون عنه بالعهدة[١٢].

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(٧٣)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(٣٣٣).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٣٣٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١٠/ ١٤٨) من حديث أبي هريرة.

(٤) انظر: الصحاح للجوهري:ص(٤/ ١٥٨٢).

(٥) انظر: العناية: (٥/ ٤٠٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٠١)، وإعانة الطالبين: (٣/ ٧٧).

(٦) انظر: المبسوط: (١٤/ ١٢٧)، وكذلك: (٣٠/ ١٧٣).

(٧) انظر: إعانة الطالبين: (٣/ ٧٧).

(٨) انظر: الاختيار: (٢/ ١٧٣-١٧٢)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٩)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٦٤)، والبناية: (٦/ ٧٤٤).

(٩) التعريفات الفقهية: ص(٩٥).

(١٠) انظر: حاشية الشرقاوي: (٢/ ١٢١)، وإعانة الطالبين: (٣/ ٧٧).

(١١) انظر: فتح القدير: (٧/ ٢٠٩)، ودرر الحكام: (١/ ٦٢٤).

(١٢) انظر: الشرح الصغير: (٣/ ١٩١)، وكشاف القناع: (٣/ ٣٦٩)، والمغني: (٧/ ٧٧).

=

قال في إعانة الطالبين[(١)]: «وإضافة ضمان الدرك لأدنى ملابسة؛ لأن المضمون في الصورة الأولى: الثمن عند إدراك المستحق للمبيع، وفي الصورة الثانية: عند إدراك المستحق للثمن، فظهر من ذلك أن الدرك اسم مصدر بمعنى الإدراك» .

قال أبو سعيد المتولي: «سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله»[(٢)].

٣-العهدة في اللغة والاصطلاح:

العهدة لغة من العهد، وهو بمعنى الوصية، والأمان والموثق، والذمة . وتطلق العهدة على الوثيقة والمرجع للإ صلاح، يقال: في الأمر عهدة أي مرجع للإ صلاح وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة؛ لانه يرجع إليها عند الالتباس[(٣)] .

قال ابن قدامة: «وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه الثمن، فعبر به عن الثمن الذي يضمنه»[(٤)] .

والفقهاء يستعملون العهدة مع إضافة كلمة ضمان إليها كما هو عادتهم في ضمان الدرك.

وهم عرفوها في **الاصطلاح** بما يأتي:

١-عرفها الحنفية: بأنها ضمان الثمن عند الاستحقاق[(٥)] .

٢-عرفها في جواهر الإكليل بأنها: ضمان ثمن حصة من حضرَ بعد غيبته إن ظهر فيها عيب أو استحقت[(٦)] .

٣-عرفها ابن قدامة: هو ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وإن ظهر فيه عيب أو ا ستحق رجع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًا أو رد بعيبٍ أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما

---

(١) إعانة الطالبين: (٣/ ٧٧) .

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤٧٩)، ومنتقى الينبوع: (٣/ ٤٧٩)، وشرح الشرقاوي: (٢/ ١٢٧) .

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٦٨٧)، والمصباح المنير: ص(١٦٥)، ومختار الصحاح: ص(٤٦٠) .

(٤) المغني لابن قدامة: (٧/ ٧٧)، وكذلك انظر: منتقى الينبوع: (٣/ ٤٧٩) .

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ١٤٥)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٤٦) .

(٦) جواهر الإكليل: (٢/ ١٦٢)، وكذلك انظر: الشرح الصغير: (٣/ ١٩١) .

=

للآخر(١).

وإنما سمىٰ به لالتزامه ما في عهدة البائع رده(٢).

والعهدة أعم من الدرك، لأن العهدة قد تطلق علىٰ الصك القديم، وقد تطلق علىٰ العقد وحقوقه وعلىٰ الدرك وعلىٰ الخيار بخلاف الدرك فإنه يستعمل في ضمان الاستحقاق عرفًا(٣).

قال في شرح فتح القدير(٤): «لأن هذه اللفظ [أعني العهدة] مشتبهة المراد فإنها تقال: للصك القديم ... تقال لنفس العقد بخلاف الدرك فإنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفًا».

وضمان الخلاص عند فقهاء الحنفية بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم قيمته.

ومما سبقَ ظهر لنا أن الألفاظ المعبرة عن الاستحقاق ثلاثة وهي: الدرك، والعهدة، والخلاص(٥)، والدرك أخص في باب الاستحقاق والله أعلم.

ب-المقصود بالحق السابق على العقد:

هو حق الاستحقاق الذي يسبق العقدَ، وكان قبل وجود العقد مثل اشترىٰ جارية فظهر أنها كانت حرة، اشترىٰ سيارة ثم ظهر أنها كانت مملوكة لغير البائع وهكذا، وأما الحق الذي يعترض بعد العقد لحق الشفعة وغيره ليس هو المقصود هنا، ولا يدخل في الدرك(٦).

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل علىٰ أن الاستحقاق إذا ثبت بسبب متقدم علىٰ العقد فإن هذا الاستحقاق يؤثر في بطلان العقد، ويكون العقد باطلًا، ويشترط في بطلان العقد أن يكون الاستحقاق ثابتًا ومتقدمًا علىٰ العقد وأن يكون الاستحقاق بالبينة.

والقاعدة بمفهومها تشير إلىٰ أن الاستحقاق الثابت بسبب أو حق يقترن بالعقد لا يكون مبطلًا للعقد.

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة وصحتها:

---

(١) المغني لابن قدامة: (٧/ ٧٧)، وكذلك انظر: كشاف القناع: (٤/ ١٦٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٣/ ٤٧٩).

(٣) انظر: فتح القدير: (٧/ ٢١٠)، والبناية: (٦/ ٧٩٢-٧٩١).

(٤) فتح القدير: (٧/ ٢١٠).

(٥) انظر: فتح القدير: (٧/ ٢١١-٢١٠).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (٣٠/ ١٧٣).

=

هذه القاعدة من القواعد التي لم يعرف فيها خلاف بين الفقهاء[١] في الجملة وذلك لأن الاستحقاق إذا ثبت يزيل محلية المبيع، أو المعقود عليه فيقع العقد أو البيع فيما لا يحل كبيع الميتة والخنزير، وكبيع الحر على أنه عبد فيكون الاستحقاق مبطلًا للعقد.

ولأن البيع يبطل بالدرك بمعنى الاستحقاق لعدم المحلية للبيع، فيكون هو استحقاقًا مبطلاً لملك رأسًا[٢]، والله أعلم بالصواب.

خامسًا: تطبيقات القاعدة:

تخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة التي لها صلة بالاستحقاق، منها:

١-لو اشترى جارية فاستحقت على أنها حرة يبطل البيع من أصله لعدم المحلية[٣].

٢-**ومنها:** لو باع السيد أمته ثم ظهر أنها أم ولَدٍ هل يبطل العقد على أن أم الولد بمنزلة الحرة في البيع ولا يجوز للسيد التصرف فيها بما ينقل الملك وذلك لسبق استحقاق الحرية[٤].

---

(١) انظر: المبسوط: (١٨/ ٤٦)، شرح فتح القدير: (٧/ ٢١٠-٢٠٩)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٦٢-١٦٠)، وروضة الطالبين: (٣/ ٤٧٩)، والوسيط: (٣/ ٤٧٥)، والمغني: (٧/ ٥٠٨).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٢٠٩).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٢٠٩).

(٤) هذا قول جمهور الفقهاء خلافًا لعلي وابن عباس والزبير. انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٣٠)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ٤١٠-٤١١)، والقليوبي: (٤/ ٦٢)، والمغني: (٩/ ٥٢٨-٥٢٧).

المبحث السابع: قاعدة: استحقاق القيمة بمنزلة استحقاق العين

هذه القاعدة تتعلق با ستحقاق القيمة عند ا ستهلاك العين، وهي الأ صل المعمول به في باب الا ستحقاق إذا امتنع الرجوع في العين، والقاعدة تحوي بدلالتها الوضـعية وأبعادها أحكام اسـتحقاق القيمة، وبالتالي أحكام ثبوت الملك في بدل العين وهي قاعدة مهمة في موضوعها وبابها .

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها، وألفاظها:

القاعدة بالصيغة المذكورة وردت في شرح الزيادات(١) . وقد ذكرها الفقهاء في كتبهم بألفاظ مختلفة متعددة .

جاءت في القواعد لابن رجب(٢): «**القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين**»، وفي الحاوي الكبير(٣) بلفظ: «**القيمة إنما تستحق عند استهلاك العين، وتعذر القدرة على التصرف في الملك**» .

قال الماوردي فيه: «**إن القيمة إنما تسـتحق إذا ملكت ملكًا مسـتقرًا في الظاهر**»(٤) . ومن ألفاظ القاعدة أيضًـا عند الفقهاء: «**القيمة تخلف العين وتقوم مقامه**»(٥)، ومنها: القيمة خلف عن المثل، حتى لا يصـار إليها إلا عند العجز»(٦)، وكذلك جاءت في الهداية(٧): «**قيمة المنافع كعينها في تحصـيل المقصـود**»، وذكر ابن قدامة في المغني في موطن تعليل مسـألة الصـداق إذا اسـتحق: «لأن القيمة بدل، إنما يصـار إليها عند العجز عن الأصل»(٨) .

وهناك عبارات كثيرة تؤكد مدلول هذه القاعدة أيـًضا(٩) . وقد فرَّع الحافظ ابن رجب هذه القاعدة من أ صل أعم منها فقال: «القاعدة السادسة عشر: إذا كان للواجب بدل، فتعذر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب

(١) انظر: شرح الزيادات: ص(٨٠٠) .

(٢) القواعد لابن رجب: ص(٢٢)، والقاعدة رقم: (١٦) .

(٣) الحاوي الكبير: (٩/ ١٨١) .

(٤) الحاوي الكبير: (٩/ ١٨٢) .

(٥) انظر: المبسوط: (٢١/ ١٢٦)، والفروق للكرابيسي: (٢/ ٧٢)، والمعيار: (٦/ ٤٤٥) .

(٦) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي: (٥/ ٢٢٣) .

(٧) الهداية شرح البداية: (٤/ ٢٥٣) .

(٨) المغني لابن قدامة: (١٠/ ١١١) .

(٩) انظر: المبدع: (٢/ ٢٧٨) .

=

فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقًا مستقرًا بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده»[1].

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

المقصود باستحقاق القيمة هو أن يتعلق حق الملك أو التملك بعين من الأعيان بمعنى من المعاني الموجبة للملك، ثم تعذر الحصول على تلك العين إما بتلفٍ أو باستهلاك أو بفواتٍ فتعلق وجوب ذلك الحق بالقيمة أي قيمة تلك العين الفائتة.

واستحقاق القمية لا يتم إلا عن طريق استحقاق العين، فإن لم يثبت الاستحقاق في العين فلا يتصور الاستحقاق في القيمة.

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بألفاظها المتعددة تدل على أن الاستحقاق الذي يتعلق بقيمة الشيء عند استحالة تسليم العين المستحقة لتلف العين أو هلاكها أو استهلاكها يكون خلفًا أو بدلًا عن تلك العين، ويقوم مقامها في حق الاستيفاء والانتفاع.

ويثبت الملك في استحقاق القيمة عند تعذر تسليم العين وردها إلى صاحبها سواء كان ذلك بتلف أو إتلاف أو فوات، وعلى هذا إذا امتنع الرجوع في العين فعلى مهلكها أو مستهلكها قيمتها.

لأن هذه القيمة بدل عنها، وتقوم مقامها في إبراء الذمة[2].

والقيمة كما سبقت الإشارة إليه -هي الثمن الذي يقاوم به المتاعُ أو هي ما يقوم مقام الثمن عند فساد المسمى أو تعذره، ومعرفة قيمة شيء ما والثمن الذي يقوم مقامه إنما يعرف بالرجوع إلى مثيله ونظيره بصفته أي إلى ما يقاربه.

ويشترط في استحقاق القيمة الذي يقوم مقام العين من حيث الاستيفاء والمنفعة ثلاثة شروط:

الأول: تعذر أو استحالة تسليم العين المستحقة[3]، فإن لم يتعذر فلا ينتقل الاستحقاق إلى القيمة ويدخل فيه تعذر القدرة على التصرف في الملك، وكذلك العجز[4].

الثاني: أن يثبت الاستحقاق في العين، فإن لم يثبت الاستحقاق في العين فلا داعي حينئذ لاستحقاق القيمة.

---

(١) القواعد لابن رجب: ص(٢١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ١٨٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ١٨٢)، والمغني: (١٠/ ١١١).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

=

الثالث: أن يثبت الاستحقاق ثابتًا بملك مستقر في الظاهر[١] .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة، وصحتها والأدلة عليها:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء، وهي من الأصول التي استمر عليها العمل في الفقه الإسلامي[٢] .

والأصل في هذا قول الله ﷻ: ﴿ ۈ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ې ې ى ى ئا ئا ئە ئە ئو ئو ئۇ ئۇ ... ﴾[٣] .

وجه الدلالة من الآية:

أنها تدل على أن القيمة التي يقيم بها ذوا عدلٍ من المسلمين تقوم مقام العين المستحقة في الصيد .

ولأن القيمة بدل عن العين، والبدل يقوم مقام أصله[٤] .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

القاعدة تحوي في دائرتها كثيراً من المسائل الفرعية، أذكر هنا جملة منها:

١-لو أتلف رجل مالًا لغيره كسيارة مثلًا، فإنه يجب عليه قيمتها لأن القيمة تقوم مقام العين .

٢-**ومنها:** لو استهلك طعام غيره بغير إذنه، وكان مضطرًا فعليه قيمة ذلك الطعام إن لم يكن مثليًا، وإلا فعليه مثله فإذا أدى القيمة فقد برئت ذمته[٥] .

٣-**ومنها:** لو ذبح بقرة جاره بعد اغتصابها فعليه قيمتها؛ لتعذر تسليم عينها -إلا إذا رضي صاحبها أن يأخذها مذبوحة- فإذا أدى المغتصب قيمتها فقد برئت ذمته عن ضمانها، ولكن عليه إثم الغصب[٦] .

٤-**ومنها:** لو أصدق رجلٌ زوجه عبدًا بعينه أو سيارةً بنوعها أو دارًا بوصفها، فوجدت بالصداق المذكور عيبًا فهل لها رده عليه، وتستحق قيمة المذكور إذا تعذر تسليمه[٧] .

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ١٨٢) .

(٢) انظر: المبسوط: (٢١/ ١٢٦)، والهداية: (٤/ ٢٥٣)، وفتح باب العناية: (٢/ ٥٦)، والمعيار: (٦/ ٤٤٥)، والحاوي الكبير: (٩/ ١٨١، ١٨٢)، والمبدع: (٢/ ٢٧٨)، والمغني: (١٠/ ١١١) .

(٣) الآية: (٩٥) من سورة المائدة .

(٤) انظر: المبسوط: (٢١/ ١٢٦)، والمغني: (١٠/ ١١١) .

(٥) انظر: موسوعة القواعد للبورنو: (٧/ ٢٦٥-٢٦٤) .

(٦) انظر: المصدر السابق .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٠٨) وما بعدها، والحاوي الكبير: (٩/ ٤٤٩) .

=

وتفصيل المسألة يأتي على الوجه الآتي:

١-إن الصداق إذا كان معينًا فوجدت به عيبًا، فلها رده، كالمبيع المعيب، قال ابن قدامة: ولا نعلم في هذا خلافًا إذا كان العيب كثيرًا[١].

٢-إذا ردته لأجل العيب فلها قيمته؛ لأن العقد لا ينفسخ برده، فيبقى سبب استحقاقه، فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه.

٣-وإن كان الصداق مثليًا -كالموزون والمكيل- فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه.

٤-وإن اختارت إمساك المعيب، وأخذ أرشه فلها ذلك[٢].

٥-**ومنها:** لو أصدقها عرضاً بعينه، فتلف في يد الزوج قبل قبضه ففي بطلان الصداق بتلفه، وفيما يستحق الرجوع به خلاف بين الفقهاء.

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: إن الصداق لا يبطل من العقد بتلفه في يد الزوج، وأن لها أن ترجع عليه بقيمته؛ لأنها تستحق قيمته إذا تلف في يده.

وهذا مذهب الحنفية[٣] والمالكية[٤] والحنابلة[٥] والشافعية في القديم[٦].

واستدلوا بما يأتي:

١-أن كل ما وجب تسليمه مع بقائه إذا هلك مضمونًا مع بقاء السبب استحقاقه يوجب ضمان قيمته كالمغصوب والعواري[٧].

٢-إنه لما كان الصداق في مقابلة البضع، وكان ملك الزوج على البضع مستقرًا قبل القبض ولا يفسد العقد عليه لو تلف وجب أن يكون ملك الزوجة للصداق مستقرًا قبل القبض، ولا يفسد

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٠٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٠٩).

(٣) انظر: شرح فتح القدير: (٣/ ٢٢٩-٢٢٨)، وحاشية ابن عابدين: (٢/ ٣٥٠).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٢/ ٣٠٤)، وشرح الزرقاني: (٤/ ٣)، والشرح الصغير: (٢/ ٤٤٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١١٠، ١٢٤-١٢٢)، وكشاف القناع: (٥/ ١٦٤-١٦٣).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ٤٤٩)، ومغني المحتاج: (٣/ ٢٢١).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ٤٤٩).

=

العقد عليه إن تلف[١] .

القول الثاني: إن الصـداق يبطل من العقد بتلفه قبل القبض، ولها مهر المثل دون قيمته، وهذا مذهب الشافعية[٢]، ووجه للحنابلة[٣]:

١-وذلك لأن الصـداق عوض تعين في عقد معاوضـة فوجب أن يبطل بتلفه قبل القبض، ويستحق الرجوع بالمعوض دون العوض كالبيع .

٢-ولأنه لما كان بطلان الصداق بجهالته أو تحريمه يوجب الرجوع بمهر المثل دون القيمة وجبَ أن يكون بطلانه بالتلف بمثابته في الرجوع بمهر المثل دون قيمته[٤] .

الذي يظهر لي هو القول باستحقاق القيمة وعدم بطلان الصداق وذلك لأن الصداق تعين في حقه، وثبت فيه استحقاقها فليس لها إلا الرجوع إلىٰ قيمتها عند تعذر استلام الواجب، والله أعلم بالصواب .

٦-**ومنها**: لو خرج بدل الخلع مستحقًا فهل يستحق الزوج القيمة أو مهر المثل: وبيان المسألة علىٰ الوجه التالي:

أ-اتفق الفقهاء علىٰ أن الخلع لا يبطل بخروج العوض مستحقًا[٥] .

ب-واختلفوا فيما يستحق الزوج بعد ظهور الاستحقاق علىٰ قولين:

القول الأول: له يرجع بالقمية أو مهر المثل وهذا مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والحنابلة[٨] إلا أن المالكية قالوا بوجوب المثل إن كان موصوفًا[٩] وذلك لتعذر تسليم العوض مع بقاء السبب الموجب تسليمه وهو الخلع، إذ هو لا يقبل النقض بعد تمامه[١٠] .

---

(١) انظر: المرجع السابق: (٩/ ٤٤٩) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ٤٥٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢٢٠) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (١٠/ ١١٣) .

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٩/ ٤٥٠)، والمغني لابن قدامة: (١٠/ ١١٣) .

(٥) انظر: فتح القدير: (٣/ ١٠٩)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٦٣)، وشرح الروض: (٣/ ٢٥٥)، ومطالب أولي النهىٰ: (٣/ ١٨٣) .

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٣/ ١٠٩)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٦٣) .

(٧) انظر: شرح الخرشي: (٣/ ١٦) .

(٨) انظر: مطالب أولي النهىٰ: (٣/ ١٨٣) .

(٩) انظر: شرح الخرشي: (٣/ ١٦) .

(١٠) انظر: شرح فتح القدير: (٣/ ١٠٩) .

=

القول الثاني: بينونة المرأة بمهر المثل وهو الشـــافعية[1]؛ لأنه الرد عند فســـاد العوض، والله أعلم بالصواب .

(١) انظر: شرح الروض: (٥/ ٢٥٥)، ونهاية المحتاج: (٨/ ١٣٦) .

المبحث الثامن: قاعدة: استحقاق الثمن لا يوجب نقض العقد

هذه القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بالاستحقاق أيضًا، وهي تتمثل في مسائل استحقاق الثمن، وهي قاعدة مهمة في هذا الباب .

أتحدث عن مضامين هذه القاعدة بأطرافها وأبعادها على الترتيب المذيل:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد المستفادة من عبارات الفقهاء وتعاليلهم الفقهية، وهي باللفظ المذكور أشير إليها في البيان والتحصيل[1]: حيث ذكر: «**استحقاق الثمن في البيع لا يوجب نقض البيع وإنما يوجب الرجوع بالثمن المستحق**» .

جاء في حاشية ابن عابدين[2]: «ولو شرى دارًا بعبد، وأخذت بالشفعة بقيمة الأرض أو بعينه إن وصل إلى الشفيع بجهة، ثم استحق العبد، بطلت الشفعة، ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع أي ويرجع الشفيع بما دَفَع من قيمة العبد على البائع، وذلك لأن الاستحقاق في بيع المقايضة يبطل البيعَ." وفي جامع الفصولين[3]: استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائمًا، وبقيمته هالكًا، وفيه أيضًا إذا استحق أحد البدلين في المقايضة، وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك، ولا قيمة المستحق لانتقاض البيع... هذا يدل بإطلاقه على ما لو بَاعَه المقايض لغيره، وسلمه له ثم استحق بدله من يد المقايض، للثاني أن يرجع بعين المبيع على المشترى منه لانتقاض البيع... لكن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه» .

وفي مغني المحتاج[4]: «ولو تلف الثمن المقبوض حسًا كأن تلف، أو شرعًا كأن أعتقه أو كاتبه أو وقفه أو استولد الأمة أو خرج عن ملكه إلى غيره أو تعلق به حق لازم كرهن دون البيع المقبوض ثم اطلع على عيب وأراد رده به ردّه أي المبيع المشترى لوجوده خاليًا عن الموانع، وأخذ مثل الثمن إن كان مثليًا، أو قيمته إن كان متقومًا؛ لأنه لو كان باقيًا لاستحقه، فإذا تلف فمنه بذلك قياسًا على غيره» .

«وإن ظهر الثمن الذي دفعه مشتري الشقص مستحقًا لغيره ببينة أو بتصديق من البائع والمشتري والشفيع...وذلك بعد أخذ الشفيع الشقص فإن كان معينًا كأن اشتراه بهذه المائة بطل البيع يعني بَان

---

(١) البيان والتحصيل: (٧/ ٣٠٨) .

(٢) حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٠٩-٢٠٨) بتصرف .

(٣) جامع الفصولين: (٢/ ٥٦)

(٤) مغني المحتاج: (٢/ ٥٥) .

بطلانه، لأن أخذ عوضه لم يأذن فيه المالك، وسواء كان الثمن عرضًا أم نقدًا، وبطلت الشفعة لترتبها على البيع، ولو خرج بعض الثمن مستحقًا بطل فيما يقابله من المبيع والشفعة دون الباقي تفريقًا للصفقة...»[(١)] .

وفي المغني لابن قدامة: «وإن اشترى شقصًا بعبدٍ أو ثمن معينٍ، فخرج مستحقًا فالبيع باطل، ولا شفعة فيه؛ لأنها إنما تثبت في عقدٍ ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح...»[(٢)] .

هذه العبارات وغيرها تدل على مضمون القاعدة، وأصل وضعها والله ولي التوفيق .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-استحقاق الثمن: وهو أن يثبت الاستحقاق في الثمن بعد عقد البيع بسبب متقدم عليه، والثمن -كما سبق- ما يكون بدلًا للمبيع ويتعلق بالذمة[(٣)] .

ب-نقض العقد: المراد بنقض العقد هو بطلان العقد وانتقاضه وأصل النقض بفتح النون -هو إفساد الشيء بعد إحكامه يقال: نقض البناء: هدمه[(٤)] وبطلت النقض على الحكم إذا لم يصح من أصله[(٥)] .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تدل على أن الاستحقاق إذا ظهر في الثمن سواء كان ذلك الثمن معينًا أو موصوفًا في الذمة فإن ذلك الاستحقاق لا يوجب بطلان العقد وإنما الواجب هو رجوع البائع في الثمن المستحق وعلى هذا يكون العقد لازمًا صحيحًا مفيدًا للملكية، وبه ينتقل الملك من البائع إلى المشتري .

وهي بمفهومها تدل -أيضًا- على أن الصفقة بعد تمامها تكون موجبة إن لم يظهر فيها الاستحقاق من جهة ما، وذلك لأن ظهور الاستحقاق بعد انعقاد البيع ولزومه لا يؤثر في إفادته، وكذلك عند انعدام الاستحقاق إذا تمت الصفقة بالقبض يكون العقد موجبًا، والله أعلم .

رابعًا: أقوال العلماء في صحة القاعدة والعمل بها والأدلة عليها:

هذه القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بأحكام استحقاق الثمن وهي من القواعد المختلف فيها، وقد اختلف فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنها قاعدة صحيحة، وهي الأصل الذي يعمل به في باب استحقاق الثمن .

---

(١) مغني المحتاج: (٢/ ٣٠٣) .

(٢) المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٦٩) .

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية: ص(٧٢) .

(٤) المعجم الوجيز: ص(٦٣١) .

(٥) مغني المحتاج: (٤/ ٣٩٦)، وحاشية الرملي: (٨/ ٢٥٨) .

وهذا مذهب المالكية[1] . وعلى هذا استحقاق الثمن لا يبطل العقد . وذلك لأن استحقاق الثمن كاستحقاق المبيع، ويمكن الرجوع في الثمن المستحق .

القول الثاني: القاعدة بهذا الإطلاق لا يمكن اعتبارها، إلا أن اعتبارها يحتاج إلى تقييد أو اشتراط شرط، وعلى هذا لو صيغت القاعدة على الوجه الآتي لكانت صحيحةً معمولًا بها، وهي استحقاق الثمن إذا كان موصوفًا في الذمة لا يوجب نقض العقد وإن كان معينًا فهو يوجب ذلك .

أو استحقاق الثمن لا يبطل به العقد إلا إذا كان الثمن معينًا .

وهذا مذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3] .

وذلك لأن استحقاق الثمن إذا كان موصوفًا في الذمة لا يؤثر في صحة العقد؛ لأن الثمن لا يتعين فيه، وأما إذا تعين الثمن فإن استحقاقه يؤدي إلى بطلان محلية الثمن، فيوجب نقض العقد.

القول الثالث: إن القاعدة لا اعتبار لها بل المعتبر هو مفهوم القاعدة وذلك أن استحقاق الثمن يوجب نقض العقد، وهذا مذهب الحنفية[4]، إلا أنهم قالوا: إن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه.

الذي يظهر لي هو القول باعتبار هذه القاعدة، لأن الثمن وإن كان معينًا يمكن له الرجوع في بدله، ولأن المقايضة في عصرنا قد قضى عليها التعامل بالأموال الاعتبارية، والتعيين فيها لا يكون مقصودًا والله أعلم .

خامسًا: تطبيقات القاعدة:

تخرج على هذا الأصل كثير من المسائل الفقهية منها:

١-لو اشترى محلًا بسيارة ثم استحقت السيارة علي أنها ثمن المبيع . فهل يوجب هذا الاستحقاق بطلان العقد من أصله على أن الثمن ليس محلًا للملك .

٢-**ومنها**: لو اشترى شقصًا بثمنٍ في الذمة، ثم نقد الثمن، فبان مستحقًا فإن الاستحقاق لا يوجب

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: (٧/ ٣٠٨)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٤٩٥)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٦٢)، وشرح الخرشي: (٦/ ١٥٩-١٦٠) .

(٢) انظر: الأم: (٣/ ٥)، والإقناع: (٢/ ٣٣٨)، والوسيط: (٤/ ٨٨)، ومنهاج الطالبين: (١/ ٢٣)، والزاهر: ص(٢٠٣)، وحاشية القليوبي: (٢/ ٣٣٦) .

(٣) انظر: المغني: ٠٦/ ٤١١، ٧/ ٤٦٩)، وكشاف القناع: (٣/ ٤٧٢)، القواعد لابن رجب: ص(٣٨٣) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٢٠٩-٢٠٨)، وجامع الفصولين: (/)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٣٤) .

=

نقض البيع عند المالكية، والشافعية والحنابلة كما سبق[١].

٣-**ومنها**: لو اشترىٰ دارًا بعبدٍ علىٰ أنه ثمن المبيع، ثم ظهر أنه حر ليس بعبد، فإن الاستحقاق يوجب نقض البيع عندهم[٢] . ولا يوجب عند المالكية. [٣]

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٦٩) .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٦/ ١٩٢، ٢٠٨) .

(٣) انظر: الجواهر الإكليل: (٢/ ١٦٢) .

المبحث التاسع: قاعدة: استحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد

هذه القاعدة من القواعد الفرعية المتعلق بالا ستحقاق أيضًا، وهي تعالج أثر ا ستحقاق الشيء الخارجي من العقد في بطلانه .

أتحدث عن القاعدة بالبيان التالي:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد التي أشار إليها فقهاء الحنفية[1]، وهي باللفظ المذكور ذكرها صاحب المبسوط فقال: «لو اشترىٰ رجل من رجل عشرة دراهم بدينار، وتقابضا ثم وجدها زيوفًا بعدما تفرقا، فاستبدلها منه، ثم استحقت تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد؛ لأنه حين استبدلها بالجياد قبل أن يستحق فإنما استقر حكم العقد علىٰ الجياد دون الزيوف المردودة واستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد»[2].

ولم أطلع علىٰ عبارات فقهية من المذاهب الأخرىٰ تفضي إلىٰ مضمون هذه القاعدة، إلا أن أصولهم في الاستحقاق لا تخالف مدلول القاعدة المذكورة[3].

جاء في مغني المحتاج[4]: «والثمن المعين نقدًا كان أو غيره، كالمبيع قبل قبضه فيما مر، فيأتي فيه جميع ما تقدم لعموم النهي عنه، ولو أبدله المشتري بمثله أو بغير جنسه برضا البائع فهو كبيع المبيع للبائع» .

يفهم من هذه العبارة أن استبدال المشتري المبيع أو الثمن المعين بعد القبض أو قبل القبض يعتبر كالبيع في حكم العقد، فيتعلق الحكم بما انعقد عليه لا بما قام عليه الإيجاب، وكذلك إذا كان الاختيار للمشترىٰ في أحد شيئين.

قال ابن قدامة ما يوحي إلىٰ مـ ضمون هذا الأ صل: «وإن خرجت الدراهم مـ ستحقة والثمن معين، لم يـ صح العقد، قال أحمد: إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع؛ وذلك لأن الثمن إذا كان معينًا فقد ا شترىٰ بعين مال غيره بغير إذنه، وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضًا، فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا علىٰ الرواية التي تقول بصحة تصرف

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٨) .

(٢) المبسوط للسرخسي: (١٤/ ٧٨) .

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٦٦)، ومواهب الجليل: (٤/ ٣٢٦، ٣٢٧)، والمجموع: (١٠/ ٩٩)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ٤١٩-٤١٠) .

(٤) مغني المحتاج: (٢/ ٦٩) .

=

الفضولي»[1] .

يفهم من كلامه أن استحقاق الثمن إذا كان معينًا يؤثر في حكم العقد، وأما إذا حصل استبدال الثمن بعد القبض والتفرق في بيع الصرف فهل يؤثر ذلك في حكم العقد أم لا؟ والظاهر من كلامه وتعليله أنه يؤثر في حكم العقد، والله أعلم .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة:

أ-المقصود بما ليس فيه حكم العقد هو الذي يتعلق به انعقاد الصفقة مثل استبدال الثمن بعد القبض أو اختيار أحد البدلين وترك الآخر، ويمكن أن يعبر عنه بعبارة: هو ما ليس بمبيع ولا ثمن ولا في معناهما .

فاستحقاق الشيء الخارج عن المعقود عليه ليس كاستحقاق المبيع، والثمن كما مرَّ .

ب-قوله: لا يؤثر في حكم العقد أي لا يؤثر في صحة العقد وانعقاده .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن ا ستحقاق ما هو خارج عن المعقود عليه وإن كان به صلة بالمبيع أو الثمن فإنه لا يوجب بطلان العقد ولا يؤثر في انعقاده، ويكون العقد صحيحًا لازمًا مفيدًا للملك .

والمقصود بالذي ليس فيه حكم العقد هو الذي لا يتعلق به حكم العقد حسًا ولا شرعًا .

وهي بمفهومها تدل -أيضًا- على أن ا ستحقاق ما يتعلق به حكم العقد يؤثر في صحة العقد وانعقاده، مثل استحقاق المبيع، واستحقاق الثمن .

رابعًا: اعتبار هذه القاعدة لدى الفقهاء:

هذه القاعدة بإطلاقها لا تخالف أ صول الا ستحقاق التي اتفق عليها الفقهاء -رحمهم الله-[2] . إلا أن صورًا من مسائل الصرف الذي يشترط فيه التقابض في المجلس وقع الخلاف بينهم ويظهر ذلك في الفروع إن شاء الله . ويمكن أن نعلل هذه القاعدة بأن ما لا يؤثر استحقاقه في المعقود عليه لا يؤثر استحقاقه في حكم العقد أيضًا، ولأن استحقاق ما لا يتعلق به الحكم يشبه استحقاق غير المعقود عليه .

خامسًا: تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة تخرج عليها فروع فقهية منها:

١-لو استبدل أحد المتصارفين شيئًا ببدل الصرف في مجلس العقد ثم ا ستحق بدل الصرف هل يؤثر

---

(١) المغني لابن قدامة: (٦/ ٤١٠) .

(٢) انظر: المبسوط: (١٧/ ٧٨)، وتحفة الفقهاء: (٣/ ٣٧)، والدرر المختار مع رد المحتار: (٤/ ٢٥٠)، والقوانين الفقهية: ص(٢٩٢)، والمغني: (٦/ ٤١٠) .

=

ذلك الاستحقاق في صحة العقد أم لا؟ فعلى القول أن استبدال بدل الصرف لا يجوز فإنه يترتب عليه تفويت القبض حقيقة أي عدم تحقق القبض المطلوب شرعًا، وإذا لم يصح الا ستبدال بقي عقد الصرف على حاله[1].

٢-**ومنها:** لو اشترى رجل عشرة دراهم بدينار ثم استبدلها بعد القبض ببدلٍ ثم ظهر استحقاق تلك الدراهم لم يبطل العقد[2].

٣-**ومنها:** لو اشترى عبدًا من عبدين، أو ثوبًا من ثوبين، بشرط الخيار ثم اختار المشتري أحدها، فاستحق الآخر فإن هذا الاستحقاق لا يؤثر في حكم العقد عند من قال: بصحة هذا العقد[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢١٩-٢١٨)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٣٦٧)، والمغني: (٧/ ٤١٠).

(٢) انظر: المبسوط: (١٤/ ٧٨).

(٣) وهم الحنفية والمالكية، قالوا: إن هذا البيع صحيح؛ لأن الحاجة تدعو إليه ولأنه لا يكثر فيه الغرر، وخالفهم الشافعية والحنابلة في مسألة العبدين. انظر: المبسوط: (١٢/ ١٨٢، ٢٠١)، ومواهب الجليل: (٤/ ٤٢٩)، والمهذب: (١/ ٢٧٠)، والمغني: (٦/ ٢١٠).

المبحث العاشر: ضابط: استحقاق الربح إنما هو بالنظر إلى الشرط المذكور في عقد الشركة

هذا الضـابط من الضـوابط التي تتعلق بالاستحقاق أيضًـا، وهي تعالـج أحكام اسـتحقاق الربح في شركة العقد.

وهو يحوي في طياته مسائل مهمة في ثبوت الملك في الربح، ولأهميته في بابه اذكر دراسته على التفصيل الآتي:
أولًا: الكلام على أصل الضابط، ووضعه، وألفاظه:
هذا الضابط من الأصول التي أشار إليها عامة الفقهاء، وهو بالصيغة المذكورة ذكره الندوي في موسوعته المشـهورة[1]، وكذلك نصـت عليه مجلة الأحكام العدلية[2] وفيها: «المادة: (١٣٤٩) اسـتحقاق الربح إنما هو بحسب ما يشترط في عقد الشركة لا بحسب العمل الواقع، فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل يعد كأنه عمِل، فإذا شرط العمل في الشركة الصحيحة على الشريكين كليهما، فعمل أحدهما ولم يعمل الآخر لعذر أو بغير عذر فإن الربح يقسم بينهما على الوجه الذي اشترطاه؛ لأن كل واحدٍ منهما وكيل عن الآخر، فإذا عمل شريكه عد هو أيضًا كأنه عمل».

وأشار إليها صاحب المبسوط بقوله: «ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فإن رب المال يستحق نصيبه من الربح ماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الإجارة بدليل أنها لا تلزم وأنه لا يحتاج فيها إلى بيان المدة فإذا صـح عقد الشـركة بين اثنين بالمال فكذلك يصـح باعتبار العمل لأن كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الأعمال أو اختلفت»[3].

قال في موضع آخر: «استحقاق الربح بالشرط فإنما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له»[4].

وبين في تكييف الاستحقاق بقوله: «الاستحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الإجارة ولهذا لا يشترط فيه تسـمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يسـتوجب الأجر لأن اسـتحقاق الأجر بنفس العمل فإذاً العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح»[5].

قال في بدائع الصنائع موضحًا لأسباب استحقاق الربح: «فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة

(١) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٨).

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٧١٩-٧١٨)، مادة رقم: (١٣٤٩).

(٣) المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٥٥).

(٤) المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٥٧).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (١١/ ١٥٩).

=

بالضمان على ما بينا سواء عملا جميعًا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على الشرط، لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وإن لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه»[1].

وكذلك جاء في تحفة الفقهاء[2]: «ثم لا شك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين جاز بالإجماع إذا كان رأس مالهما على السواء سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما، لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل وقد وجد التساوي في المال».

قال في المغني[3]: قال: والربح على ما اصطلاحا عليه يعني في جميع أقسام الشركة، ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة ... لأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير...».

هذه العبارات وغيرها تؤكد مضمون القاعدة، وأصل وضعها.

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: الربح لغة واصطلاحًا:

الربح لغة: الرِّبح، والرَّبح والرباح لغة: النماء في التجارة[4]، ويدل على شَفّ في مبايعة[5] والمَسَلب[6] ويسند الفعل إلى التجارة، فيقال: ربحت تجارته فهي رابحة. ومنه قوله: تعالى: ﴿ ئىئىئدىى ي﴾[7]. قال الأزهري: «رَبِحَ في تجارته إذا أفضل فيها، وأربح فيها، صادف سوقًا ذات ربح. وأربَحت الرجل إرباحًا أعطيته ربحًا وبعته المتاع واشتريته منه مرابحةً: إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحًا»[8].

والربح في الاصطلاح:

الزيادة الحاصلة في المبايعة[9]، وقيل: هو عبارة عن كسب الإبضاع[10]، وهو يقابل الخسران والوضيعة في باب

(١) بدائع الصنائع: (٦/ ٦٣).

(٢) تحفة الفقهاء: (٣/ ٧).

(٣) المغني لابن قدامة: (٦/ ١٣٨)، وانظر كذلك: السلسبيل: (٢/ ١٤٤).

(٤) انظر: مختار الصحاح: ص(٢٢٩).

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٤١٦).

(٦) انظر: المعجم الوسيط: ص(٣٢٢).

(٧) الآية: (١٦) من سورة البقرة.

(٨) انظر: تهذيب اللغة: (٣/ ٤٨٥)، والمصباح المنير: ص(٨٢).

(٩) انظر: التعريفات: ص(٣٥٤).

(١٠) انظر: التعريفات الفقهية: ص(١٠٢)، والإبضاع: هو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعًا والبضاعة المال المبعوث.

=

الشركة .

والمقصود باستحقاق الربح هو ثبوت الحق في المكسب الحاصل عن طريق شركة العقود .

ثانيًا: الشرط المذكور:

والشرط في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع، والعلامة(١) .

وهو في الاصطلاح: ما يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه لذاته(٢) .

المقصود بالشرط المذكور هو الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان عند التزام الشركة .

ثالثًا: عقد الشركة أو شركة العقود:

أ-معنى الشركة لغة واصطلاحًا:

الشركة في اللغة لغات: شَرِكة، شِرْكة، شَرْكة اسم مصدر شرك(٣) . يقال: شرك الرجل الرجلَ في البيع والميراث يشركه شركًا وشركة، خلط نصيبه بنصيبه، أو اختلط نصيباهما. فالشركة إذن: خلط النصيبين واختلاطها والعقد الذي يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكمًا -لصحة تصرف كل خليط في مال صاحبه- ويسمىٰ شركة تجوزًا، من إطلاق اسم المسبب وإرادة السبب(٤) .

والشركة في الاصطلاح: لها عدة تعريفات، منها:

١-هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدًا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر(٥) .

٢-هي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر علىٰ جهة الشيوع(٦) .

٣-هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف(٧) .

ب-أقسام الشركة:

وهي نوعان: شركة الأملاك، شركة العقود .

---

(١) انظر: القاموس المحيط: (١/ ٣٠٩) .

(٢) انظر: البحر المحيط: (١/ ٣٠٩)، والحدود للباجي: ص(٦٠)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٤٥٢)، والتعريفات للجرجاني: ص(١٣١) .

(٣) انظر: المصباح المنير: ص(١١٨) .

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٥٣٥)، والقاموس المحيط: (١٢٢٠-١٢١٩)، ومختار الصحاح: ص(٣٣٦)، والسلسبيل: (٢/ ١٤١)، والمطلع علىٰ أبواب المقنع: ص(٣١١) .

(٥) انظر: الكليات للكفوي: ص(٥٣٧)، والتعريفات الفقهية للمجددي: ص(١٢٢) .

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١١)، والسلسبيل: (٢/ ١٣٩) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٠٩) .

=

١-الشركة باعتبار ما تكون فيه الشركة أو الشركة بالأملاك أربعة أقسام[١]:

الأول: أن تكون الشركة في الرقاب والمنافع، بأن يملك الإثنان أو الجماعة دارًا أو أرضًا أو حيوانًا أو عرضًا بابتياع أو ميراث أو مغنم أو هبة فيكونان شريكين في رقبة الشيء ومنفعته .

الثاني: أن تكون الشركة في الرقاب دون المنافع بأن يوصي رجل بخدمة عبده، أو سكنىٰ داره أو غلة بستانه لرجل فيكون الموصىٰ له المنفعة، ويكون الورثة شركاء في الرقبة .

الثالث: أن تكون المنافع دون الرقاب: وهو ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: أن تكون المنفعة مملوكة من عين مملوكة كالأعيان المستأجرة والأموال الموقوفة لجماعة.

الضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحةً من عين غير مملوكة كالدهن النجس، والروث والسماد فهذا غير مملوك، وإنما يكون الإنسان أولىٰ به لثبوت يده لما يتعلق به من إباحة الانتفاع به، وإنما لم تملك المنفعة وإن كانت مباحة؛ لأنه لا يجوز المعاوضة عليها، فيكون الشركاء في هذا النوع في إباحة منافعه.

الضرب الثالث: ما كانت المنفعة مأخوذة من عين غير مملوكة وهي منفعة الكلب المنتفع به .

الرابع: وهو أن تكون الشركة في حقوق الرقاب .

٢-شركة العقود: وهي عقد بين المتشاركين في الأصل والربح[٢] أو عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد[٣] .

والمقصود في القاعدة هو شركة العقود .

أقسام شركة العقود: وهي خمسة أقسام[٤]:

الأول: شركة الأعمال: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر علىٰ أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل أو أكثر أو غير معين لكنه عام، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة وذلك كالخياطة والصياغة والبناء وتركيب الأدوات الصحية أو كل ما يتقبل، فلا بد من التعاقد قبل التقبل، وتسمىٰ شركة الأبدان[٥]، وشركة

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٠) وما بعدها .

(٢) انظر: رد المحتار علىٰ الدر المختار: (٢/ ٣٠١، ٣/ ٣٤٣) .

(٣) انظر: حاشية الشرقاوي: (٢/ ١٠٩) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٠٩)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١١١)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣) .

=

الصنائع، وشركة التقبل[١]، وشركة الحمالين[٢]، والربح فيها على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل[٣].

وهي جائزة في الجملة عند الجمهور[٤] خلافًا للشافعية[٥].

الثاني: شركة الأموال: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتجروا في رأس مالٍ لهم ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة. سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا[٦]. وتسمى شركة العنان[٧].

وهي جائزة بالإجماع[٨].

الثالث: شركة الوجوه: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر بدون ذكر رأس مال على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقدًا، ويقتسما الربحَ بينهما بنسبة ضمانها للثمن[٩]، والربح فيها بمقابلة ملكه الحاصل في المبيع[١٠].

وتسمى شركة المفاليس[١١]، وتسمى شركة الذمم[١٢].

وهي جائزة عند الحنفية[١٣] والحنابلة[١٤] خلافًا للمالكية[١٥] والشافعية[١٦].

الرابع: شركة المفاوضة: وهي أن يشتركا في الناض من أموالها كله دون العروض ليرد كل واحدٍ منهما

---

(١) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٣٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١١٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦٤)، والفتاوى الهندية: (٣/ ٣٣٤-٣٣١)، وشرح الخرشي: (٤/ ٢٦٧)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ١١١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٢).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٣)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣).

(٧) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣)، والتعريفات الفقهية: ص(١٣٢).

(٨) انظر: رد المحتار: (٣/ ٣٦١-٣٥٨)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٢) وما بعدها، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣)، وجواهر الإكليل: (٢/ ١١٩)، والمغني: (٧/ ١٢٣).

(٩) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣٨-٢٨)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٦٣)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٧)، والمغني: (٧/ ١٢٢).

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢٢-١٢١).

(١١) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣٨-٢٨).

(١٢) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٢١).

(١٣) انظر: فتح القدير: (٥/ ٣٨-٢٨).

(١٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٢١).

(١٥) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ١٢١)، وشرح الخرشي: (٤/ ٢٦٧) وما بعدها.

(١٦) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٥).

=

علىٰ صاحبه نصف كسبه من المال وغيره[١].

وهي جائزة[٢] خلافًا للشافعية[٣].

الخامس: شركة المضاربة: وهي أن يشترك اثنان بمال أحدهما بأن يكون المال من أحدهما والمال من آخر[٤]، وتسمىٰ قراضًا[٥]، وقيل: عقد الشركة[٦] والربح بينهما علىٰ ما اصطلاحا عليه[٧].

وهي جائزة بغير خلاف[٨].

ج-أسباب استحقاق الربح في الشركات:

يستحق الربح في الشركات بأسباب ثلاثة[٩] وهي:

الأول: المال أو رأس مال الشركة.

الثاني: العمل الذي اتفق عليه الشركان فصاعدًا.

الثالث: الضمان.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية علىٰ هذه الأسباب[١٠]: «المادة: (١٣٤٨): لا يستحق الربح إلا بواحد من الثلاثة السالفة الذكر وهي المال، والعمل، والضمان، فإذا قال رجل لآخر: اتجر أنت بمالك علىٰ أن الربحَ مشترك بيننا، فلا تحصل الشركة، وفي هذه الصورة ليست له أخذ حصة من الربح الحاصل».

قال ابن قدامة في شركة الأبدان: «والربح في شركة الأبدان علىٰ ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربحُ...»[١١].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦٣) وما بعدها، وجواهر الإكليل: (٢/ ١٢١)، والمغني: (٧/ ١٣٧).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٧٩) وما بعدها، وروضة الطالبين: (٥/ ١١٧)، والمغني: (٧/ ١٣٢)، وكشاف القناع: (٣/ ٥٨).

(٥) المغني لابن قدامة: (٧/ ١٣٢).

(٦) انظر: رد المحتار: (٤/ ٤٨٣).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٣٨).

(٨) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٧٩)، ومواهب الجليل: (٥/ ٣٥٦)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٢١٨)، وكشاف القناع: (٣/ ٥٠٧).

(٩) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦٣) وما بعده، والمغني لابن قدامة: (٧/ ١١٣، ١٢٧، ١٣٦، ١٣٩)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣).

(١٠) مجلة الأحكام العدلية: (٢/ ٧١٨)، ومادة رقم: (١٣٤٨).

(١١) المغني: (٧/ ١١٣).

=

وقال: «ولنا أن الضمانَ يستحق به الربح بدليل شركة الأبدان...»[١]، وقال: «لأن الربح يستحق بمالٍ وعمل...»[٢].

د- كيفية استحقاق الربح:

اختلف الفقهاء في مسألة كيفية استحقاق الربح في الشركات على قولين:

القول الأول: يستحق الربح بالشرط في الشركة، وهذا مذهب الحنفية[٣]، والحنابلة[٤].

وعللوا في شركة المضاربة:

بأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير[٥]، وفي شركة العنان بأن العمل مما يـ ستحق به الربح، فجاز أن يتفا ضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمـ ضاربين لرجل واحدٍ، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوىٰ علىٰ العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب[٦].

القول الثاني: الربح بينهما علىٰ قدر مالهما وهذا مذهب المالكية[٧] والشافعية[٨] لأن من شرط صحة الشركة كون الربح والخسران علىٰ قدر المالين عندهم، وذلك لأن الربح تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة[٩].

ولأن ذلك ثمرة المال فكان علىٰ قدره كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فنتجت فإن شرط خلافه فسد العقد لأنه مخالف لموضوع الشركة[١٠].

الذي يظهر لي هو القول بأن استحقاق الربح يكون بالشرط المذكور في عقد الشركة، لأن الاتفاق هو الذي يضبط الاستحقاق في الشركة مع تفاوت العمل، والمال والضمان، ولأن الشركة لما جازت في العمل الذي لا

---

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر: الفواكه الدواني: (٢/ ١٧٣)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ١٣٩)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٦٢)، ورد المحتار: (٣/ ٣٥٢).

(٤) انظر: المغني: (٧/ ١٣٨)، ومطالب أولي النهىٰ: (٣/ ٤٩٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٣٨).

(٦) انظر: المصدر السابق: (٧/ ١٣٩-١٣٨).

(٧) انظر: بلغة السالك: (٢/ ٧٠)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٧٣)، وشرح الخرشي: (٤/ ٢٦١).

(٨) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١٥)، والحاوي الكبير: (٦/ ٤٧٣).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٣٨).

(١٠) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢١٥).

يمكن أن يتقدر أو يضبط لا بد فيه مما يضبط استحقاقه وهو الشرط ليس غير فعلم أن الشرط في عقد الشركة يرجع إليه عند استحقاق الربح، والله أعلم بالصواب .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة معقولة المعنىٰ، وواضحة المبنىٰ، ومن المعلوم أن الإنسان لا يستحق ربحًا بدون سبب مشروعٍ وإلا كان من أكل أموال الناسِ بالباطل، والأسباب المشروعة لاستحقاق الربح ثلاثة:

الأول: العمل، فالإنسان بعمله يستحق جزءًا من الربح.

الثاني: المال: يستحق رب المال الربح بماله، لأن المال مما يستفاد منه .

الثالث: الضمان، إذا لم يكن عند الإنسان مال يمكن له أن يتصرف بضمانه والضمان في باب المعاملات يقوم سببًا للاستحقاق .

وعلىٰ هذا التقرير القاعدة بالصيغة المذكورة تدل علىٰ أن الربح يكون في شركة العقود مقتضىٰ الشرط المذكور في العقد، وهو الشرط الذي اصطلح عليه المتعاقدان ولا يكون استحقاق الربح علىٰ رأس مال الشركة؛ لان الشركة قد تخلو من مالٍ أصلًا، وقد تكون من مالٍ وعملٍ فا شتراط قدر المال في ا ستحقاق الربح يفضي إلىٰ المنازعة وسد باب التعامل بالشركات .

ويشترط في استحقاق الربح حسب الشرط المذكور في العقد:

١-أن يكون الربح معلومًا بالنسبة، فإذا تم العقد علىٰ أن يكون للشريك حصة في الربح من غير بيان مقدار كان عقدًا فاسدًا(١) .

٢-أن لا تفسد الشركة لأمور أخرىٰ(٢) .

٣-أن يتحقق الربح بالظهور(٣) .

٤-أن يستوفي ربُّ المال رأس المال في شركة المضاربة(٤) .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة والعمل بها:

بناءً علىٰ المسألة السالفة وهي اختلافهم في كيفية استحقاق الربح . اختلفوا في صحة هذه القاعدة واعتبارها علىٰ قولين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٥٩، ٨١)، والفتاوىٰ الهندية: (٢/ ٣٥٠) .

(٢) انظر: المغني: (٧/ ١٢٧) .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٧١) .

(٤) المصدر السابق: (٧/ ١٦٥) .

=

القول الأول: أنها صحيحة وسليمة المعنى، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة إلا أن ابن القاضي أبا يعلى وابن عقيل من فقهاء الحنفية قالا في شركة الوجوه الربح يكون على قدر الملك لئلا يلزم ربح ما لم يضمن[١] .

القول الثاني: عدم صحة هذه القاعدة . بل الواجب أن تكون القاعدة إنما يستحق الربح على قدر المال في شركة العقود وهذا مذهب المالكية والشافعية .

والأظهر -كما سبقت الإشارة إليه- هو القول باعتبارها، والله أعلم .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة فروع فقهية منها:

١-يستحق المضارب الربح في شركة المضاربة بالشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان .

٢-**ومنها:** لو اشترك اثنان بمال أحدهما على أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما فإنهما يستحقان الربح على الشرط السابق[٢] .

سادسًا: مستثنيات القاعدة:

يستثنى من هذا الأصل عدة مسائل:

١-إذا فسدت الشركة في غير المضاربة فيكف يستحق الربح اختلفوا على قولين:

القول الأول: إن الاستحقاق على قدر رأس المال، ويرجع كل واحدٍ على الآخر بأجر عمله، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٣] .

القول الثاني: الربح يستحق على مقتضى الشرط، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله، وهو اختيار الشريف أبي جعفر[٤] من الحنابلة[٥] .

الذي يظهر لي هو أن المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري فالاستحقاق يكون على قدر المال، والله أعلم .

---

(١) انظر: المغني: (٧/ ١٣٩)، ومطالب أولي النهى: (٥/ ٥٤٥، ٥٤٦) .

(٢) انظر: المغني: (٧/ ١٣٦) .

(٣) انظر: رد المحتار: (٣/ ٣٦٠، ٣٦١)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٧٢)، وبلغة السالك: (٢/ ١٦٩)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤، ٤٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٢١٢)، والمغني: (٧/ ١٢٧) .

(٤) هو أبو جعفر عبد الخالق بن عيسى بن أحمد الشريف ولد سنة (٤١١)هـ، وتوفي (٤٧٠)هـ، برع في المذهب الحنبلي . انظر: طبقات الحنابلة: (٢/ ٢٤١-٢٣٧)، والعبر: (٣/ ٢٧٤-٢٧٣) .

(٥) انظر: المغني: (٧/ ١٢٧) .

٢-إذا فسدت المضاربة فإن الربح جميعه لرب المال، ولم يستحق المضارب منه شيئًا وله أجر مثله؛ لأنه يستحق الربح بالشرط، ولما فسدت المضاربة فسد الشرط فليس له إلا أجر عمله[1] .

٣-إذا انعقدت الشركة بدون ذكر الاتفاق على الربح بأن قال في المضاربة: خذ هذا المال مضاربة، أو قال في شركة الأموال: هذه الأموال شركة بيننا، فلا يكون الا ستحقاق إلا على مقتضى رأس المال على أن الربح تبع للمال[2] .

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٨٠) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ١٤٠) .

المبحث الحادي عشر: ضابط: استحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع

هذا الضابط من ضوابط الاستحقاق الذي يعتبر سبباً من أسباب الملك أيضًا، وهو يتعلق باستحقاق المبيع، ويحوي في دائرته أحكام أثر الاستحقاق في المبيع، وما يلزمه المشتري إذا ظهر المبيع مستحقًا وعليه ينبني مسألة ضمان العهدة عند الفقهاء[١].

بيان الضابط يأتي على النمط التالي:

أولًا: الكلام على أصل الضابط، ووضعه:

هذا الضابط من الضوابط التي اعتنى بها فقهاء الحنفية، وهو باللفظ المذكور ذكره في شرح الزيادات[٢] قد أشار إليه الفقهاء في كتبهم[٣] ويشير إليه ما جاء في بدائع الصنائع[٤]: «وأما الاستحقاق فإن استحق بعض المعقود عليه، قبل القبض، ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولم توجد الإجازة من المالك، فبطل، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن، وإن شاء رَدّه سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب ...».

وورد في المهذب[٥] ما يفيد هذا المضمون: «وإن اشترى جارية و ضمن دركها فخرج بعضها مستحقًا، فإن قلنا: إن البيع يصح في الباقي رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا: يبطل البيع في الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق وهل يرجع عليه بثمن الباقي فيه، وجهان ...».

وهناك عبارات أخرى تشهد لأصل الضابط لعل الإشارة بما سبق تكفي لمدلولها[٦].

ثانيًا: شرح مفردات الضابط وما يتعلق بها:

استحقاق المبيع: هو ثبوت حق في المبيع لغير مالكه مما يدل على أن المبيع لم يكن ملكًا له.

والمبيع اسم مفعول من البيع، وهو الذي ينعقد عليه الإيجاب والقبول في عقد المعاوضة[٧]، وفي مجلة الأحكام

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٥٠٨).

(٢) انظر: شرح الزيادات: ص(٦١٣).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٠/ ٩٦)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٧١)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٥٢)، والمغني: (٧/ ٤٦٩).

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: (٥/ ٢٨٨).

(٥) المهذب للشيرازي: (١/ ٣٤٢).

(٦) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٦٦-٦٥)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٩) وما بعدها.

(٧) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/ ١٠٥).

=

العدلية[1]: «المادة: (١٥٠): محل البيع هو المبيع»، «المادة: (١٥١): المبيع ما يباعُ وهو العين التي تتعين في البيع وهو المقصود الأصلي من البيع؛ لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان والأثمان وسيلة للمبادلة» .

والمقصود با ستحقاق المبيع هنا هو أن يظهر بالبينة أو بما في معناها بأن المبيع ليس من ملك البائع، وإنما ملكه لغيره .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للضابط :

الضابط باللفظ المذكور يقرر أن المبيع إذا ثبت فيه الا ستحقاق فإنه يوجب على المشتري أن يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له؛ لأن استحقاق المبيع يوجب بطلان البيع إذا كان الاستحقاق بكامل المبيع وأما إذا كان بجزء منه فإنه يوجب بطلان العقد في الجزء المستحق، ويأتي بيانه عند الكلام على صحة القاعدة .

رابعًا: أقوال العلماء في صحة الضابطة والعمل بها والأدلة عليها:

أقوالهم في صحة هذا الضابط مبنية على ثلاث مسائل وهي أصول الضابط، وبيانها على الوجه التالي:

المسألة الأولى: استحقاق المبيع كله هل يوجب نقض البيع ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن استحقاق المبيع بالكلية يوجب بطلان البيع .

وهذا مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] .

القول الثاني: إن كان استحقاق المبيع مبطلًا للملك وهو الاستحقاق الذي يرد على محل لا يقبل التملك فإنه يوجب بطلان العقد .

وكذلك الاستحقاق في بيع المقايضة يبطل البيع .

وأما إذا أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة، وكان الاستحقاق ناقلًا للملكية، وهو الذي يرد على محل قابل للتملك -كما سبق- فإنه لا يوجب نقض البيع، بل يصبح العقد متوقفًا على إجازة المستحق، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري، ويأخذ المستحق الثمن من البائع، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وإن لم يجز المستحق البيعَ بل اختار أخذ المبيع ينفسخ البيع السابق بالفسخ، ويكون البائع ملتزمًا للمشتري برد الثمن .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٧٢)، مادة رقم: (١٥٠، ١٥١) .

(٢) انظر: شرح الخرشي: (٦/ ١٥٦)، والتاج والإكليل: (٤/ ٤٦١) .

(٣) انظر: المهذب: (١/ ٢٨٨)، ومغني المحتاج: (٢/ ٦٥-٦٤)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٤٤٥) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٧٧)، والشرح الكبير للمقدسي: (١٣/ ٢٩) وما بعدها، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٤١٧)، والقواعد لابن رجب: ص(٣٨٣) .

=

هذا مذهب الحنفية[(١)]، وكذلك إذا كان الاستحقاق لموقوف[(٢)] .

وعلىٰ هذا اختلف فقهاء الحنفية في وقت انفساخ العقد علىٰ ثلاثة أقوال[(٣)]:

الأول: إنه لا ينفسخ العقد ما لم يرجع المشتري علىٰ البائع بالثمن .

الثاني: ينفسخ بنفس القضاء عند دعوىٰ الاستحقاق .

الثالث: ينفسخ العقد عند قبض المستحق ملكه .

الذي يظهر لي هو القول ببطلان العقد؛ لأن العقد وقع في غير محله؛ ولأن البائع باعَ ما لا يملك وهو المنهي عنه شرعًا؛ لما شبه كبيع الفضولي وأضاف إليه معنىٰ الغصب، والله أعلم بالصواب.

المسألة الثانية: الاستحقاق هل يوجب رجوع المشتري بالثمن علىٰ البائع أم لا؟ وهي أصل هذا الضابط .

اختلف الفقهاء في المسألة علىٰ قولين أيضًا:

القول الأول: إن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض، ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق، وللمشتري الخيار في الباقي، إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء ردَّه سواء أحدث عيبًا في الباقي أم لا، وسواء استحق الجزء المقبوض أو غيره .

وإن كان الاستحقاق بعد القبض سواء بعد قبض الكل أو قبض البعض بطل البيع في القدر المستحق ويرجع المشتري بالثمن علىٰ البائع، وهذا إذا كان الاستحقاق بالبينة .

وأما إذا ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو نكول عن اليمين فإنه لا يرجع بالثمن علىٰ البائع وهذا مذهب الحنفية[(٤)]، ومذهب الشافعية إذا كان باعتراف المشتري أو بالنكول[(٥)]، وبه قال ابن القاسم من المالكية[(٦)] .

وعللوا البطلان بأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولم توجد الإجازة من المالك فبطل[(٧)]، وعللوا

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٤)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٨٨)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٥٢-١٥١)، وشرح فتح القدير: (٥/ ١٧٥) وما بعدها .

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ١٧٥) وما بعدها .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩١، ١٩٣) .

(٤) انظر بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨٨)، والدر المختار: (٤/ ٢١١)، وشرح فتح القدير: (٥/ ١٧٥)، وجامع الفصولين: (٢/ ١٥١) .

(٥) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٤٤٥)، وحاشية الشرقاوي: (١/ ٣٣٦) .

(٦) انظر: شرح الزرقاني: (٥/ ٤)، ومواهب الجليل: (٥/ ٣٠٧) .

(٧) انظر: جامع الفصولين: (٢/ ١٥٢-١٥١) .

خياره بأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت المنفعة على المشتري قبل تمام العقد، والتفرق يوجب الخيار[1] .

القول الثاني: إن المشتري يرجع بالثمن على البائع مطلقًا، سواء أثبت الا ستحقاق بالبينة أو بالإقرار أو بالنكول، وهذا مذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3] وقول المالكية إذا لم يعلم المشتري بصحة ملك البائع ولا عدمه، وإن علم عدم ملك البائع فهو على خلاف[4] .

الذي يظهر لي هو القول برجوع المشتري على البائع؛ لأنه مقتضى العقد المفسوخ، والله أعلم بالصواب .

وعلى هذا فالضابط صحيح بهذا الإطلاق عند أصحاب القول الأول، وهو كذلك معمول به عند فقهاء الحنفية بالقيود التي ذكروها .

ويشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع شروط ثلاثة[5]:

الأول: أن يكون الاستحقاق ناقلًا لملك البائع، بأن يدعي المستحق ملكًا مطلقًا أو من تاريخ أقدم من تاريخ الشراء، فإن ادعى المستحق الملك من شهر، وكان شراء المشتري منذ سنة مثلًا، فلا رجوعَ له على بائعه؛ لأن الاستحقاق حدث على ملك المشتري لا على ملك البائع .

الثاني: ألا يتصالح المشتري والمستحق على أن يدفعَ المستحق إلى المشتري بعض الثمن، ويأخذ المبيع؛ لأن المشتري عندئذٍ يكون قد أبطل حق رجوعه على البائع بهذا الصلح أما إن تم الصلح على ترك المبيع للمشتري مقابل شيء يدفعه المشتري للمستحق فلا يسقط حق الرجوع.

الثالث: ألا يكون البائع قد ابرأ المشتري عن الثمن قبل الا ستحقاق، فلو كان قد أبرأه عنه فلا رجوع للمشتري عليه بشيء؛ لأنه لم يدفع شيئًا .

المسألة الثالثة: ما هو الواجب إذا ثبت الاستحقاق في بعض المبيع؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوالٍ:

القول الأول: أ نه يو جب بطلان البيع في الجميع، سواءً أ كان المبيع قيميًا أو مثليًا، و هذا قول

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨٨) .

(٢) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٤٤٢)، وشرح الروض: (٢/ ٣٥٠-٣٤٩)، وحاشية الشرقاوي على التحفة: (١/ ٣٣٦)، ومغني المحتاج: (٢/ ٦٦-٦٥) .

(٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي والإنصاف: (١٣/ ٢٩) .

(٤) انظر: شرح الزرقاني: (٥/ ٤) .

(٥) انظر: عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص(١٠٠) وما بعدها .

للشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، وقول للمالكية إذا استحق الأكثر[٣] .

القول الثاني: إنه يوجب تخيير المشتري بين رد المبيع بالفسخ وبين التمسك بالباقي، والرجوع بحصة القدر المستحق والثمن وهو قول الحنفية[٤] -على التفصيل المذكور في المسألة الثانية- ورواية عند الحنابلة[٥] .

القول الثالث: أنه يوجب بطلان البيع في القدر المستحق صحته في الباقي، وهو قول المالكية[٦]، والشافعية[٧]، وقول الحنفية إذا استحق البعض بعد القبض[٨] .

خلاصة ما سبق أنه في حال استحقاق بعض المبيع تتفرق الصفقة على المشتري، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة، فإن شاء احتفظ بباقي المبيع وإن شاء فسخ العقد فيه ورده للبائع إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع ولم تضر المبيع التجزئة فلا يثبت للمشتري حينئذٍ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض، بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن، والله أعلم بالصواب .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة من المسائل الفرعية نظائر كثيرة منها:

١-استحقاق جميع المبيع يوجب بطلان البيع، ورجوع المشتري بالثمن على البائع، وقد سبق بيانه.

٢-**ومنها**: مسألة استحقاق بعض المبيع وقد سبق بيانه .

٣-**ومنها**: لو اشترى سيارة ثم استحقت فإنه يوجب الرجوع بالثمن على البائع .

٤- و منها: لو استحق الشقص المشفوع يوجب ذلك بطلان البيع و بطلان الشفعة. [٩]

---

(١) انظر: المغني: (٧/ ٧٧)، والإنصاف: (٦/ ٢٩٠) .

(٢) انظر: الأم: (٣/ ٢٢٢)، والمجموع شرح المهذب: (١٠/ ٣٦٧، ١٢/ ٢١٩)، وحاشية الجمل: (٣/ ٩٤) .

(٣) انظر: حاشية البناني على الزرقاني: (٦/ ١٦٦) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠١)، والفتاوى البزازية: (٥/ ٤٣٩) .

(٥) انظر: الإنصاف: (٦/ ٢٩٠) .

(٦) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٦٩)، وشرح الخرشي: (٦/ ١٥٩)، وشرح الزرقاني: (٥/ ١٦٢، ٦/ ١٦٦)، ولهم تفصيل في تفريق الشائع وغيره .

(٧) وهذا هو المذهب . انظر: فتح العزيز: (١٠/ ٣٦٧)، والمجموع: (١٢/ ٢١٩)، وشرح الجمل: (٣/ ٩٤) .

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٠١) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٥٦) .

الباب الثالث: القواعد والضوابط الفقهية في التصرف وانتقال الملكية وزوالها:

و فيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط في التصرف في الملكية .

الفصل الثاني: القواعد والضوابط في انتقال الملكية و زوالها .

المبحث الأول: قاعدة: إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفاً مضراً إلا بإذن صاحب الحق

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق باستعمال الأملاك والتصرف فيها، وهي تحوي مدى أثر تعلق حق الغير بالملك في استعماله والتصرف فيه، وهي بمدلولها العام تتعلق بقاعدة المضارة في استعمال الحق، والقاعدة تحمل أهمية بالغة في مضمونها ومفهومها.

دراسة القاعدة تتجلى في العناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

القاعدة بلفظها المذكور وردت في مرشد الحيران[١]، وموسوعة القواعد للندوي[٢]، وقد أشار إليها الأستاذ الدكتور محمد صدقي البورنو بلفظ: «لا يمنع الرجل من التصرف في ملكه إذا لم يضر بغيره ضرراً بيناً»[٣].

وهي قاعدة من قواعد الفرائد البهية[٤].

وقد أشار إليها أيضاً أصحاب المجلة: «المادة١١٩٢ : كل يتصرف في ملكه كيفما شاء لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال»[٥]، وكذلك المادة: (١١٩٧): «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا أضرّ بغيره ضرراً فاحشاً»[٦].

والقاعدة أشار إليها كثير من الفقهاء في كتبهم[٧]، وقد جاء في تبصرة الحكام: «وإن أحدث على جاره كوة للضياء فقام جاره عليه في ذلك، فإنه ينظر أهل البصر إليها، فإن كان فيه ضرر بجاره منع وأغلق»[٨].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

---

(١) انظر: مرشد الحيران، مادة رقم: (٥٨).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٣٤).

(٣) موسوعة القواعد للبورنو: (٨/ ١٠٨٥).

(٤) الفرائد البهية: ص(١١٠)، و كذلك الفتاوى الخانية على البزازية: (٣/ ١٠٨).

(٥) مجلة الأحكام العدلية، مادة: (١١٩٢): (١/ ٦٥٤).

(٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة :(١١٩٧): (١/ ٦٥٧).

(٧) انظر: المبسوط: (٧/ ٢٢٥)، والهداية: (١/ ٢١٥)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٨-٣٣٧)، والمحلى: (٩/ ١٠٧-١٠٦).

(٨) تبصرة الحكام (٢/ ٣٥٨).

أ-تعلق حق الغير بالملك:

من المعلوم أن الملك قد يكون مستقلاً منفرداً متميزاً عن غيره ولا يزاحم فيه أحد من الناس وهو الملك الفردي المتميز.

وقد يكون مشاعاً مشتركاً سواء كان قابلاً للقسمة أم لا وهو الملك المشترك ويزاحم فيه صاحب الملك مشاركة لتوفية حصته من الملك.

وقد يكون ملكاً مستقلاً ولكن يتعلق به حق من حقوق الآخرين من حقوق الانتفاع أو حقوق الاستيفاء أو حقوق الارتفاق.

وقد يكون ملكاً مشتركاً عاماً تعلق حق عامة المسلمين كبيت المال، والأبيار العامة والأنهار والبحار والطرق ونحو ذلك.

واستعمال هذه الأملاك والتصرف فيها لا يخلو من أن يكون تصرفاً مضراً بالآخرين أو لا يكون، والتصرف المضر لا يخلو من أن يكون مضراً بالأفراد أو بالجماعة، والأصل في الملك المتميز أن للمالك ولاية التصرف على ما يملك بجميع الوجوه المشروعة، ولكن الشريعة الإسلامية منعت التصرف المضر بالآخرين في عدة من الصورة مراعاة لمصلحة أخرى أولى بالاعتبار من مصلحة صاحب الملك الخاصة، ومن تلك الصور تعلق حق الغير بالملك، والمقصود بتعلق حق الغير هو اتصال حق من الحقوق بالملك، وله مطالبه ويلحق الضرر به إذا تصرف فيه صاحب الملك بحريته واختياره المطلق.

والغير هنا قد يكون شريك الملك وقد يكون صاحب الحق وقد يكون مجرد صاحب الانتفاع.

٢-مدى حرية التصرف في الأملاك:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن صاحب الملك له أن يتصرف في ملكه كيف يشاء وبما يشاء[١]، لأنه مقتضى الملك ودلالته. ولكن الشريعة الإسلامية قيدت هذا التصرف مراعاة لحق الغير وأوردت الحجر على تصرف المالك في ملكه.

وأسباب تعلق حق الغير بالملك كما ذكرها الفقهاء على الوجه المذكور.

---

(١) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية: (٢/ ١٥٠)، ونظرية الضمان: ص(٢٥-٢٣)، المقارنات التشريعية: (١/ ١٧٨-١٨٠).

=

الأول: الفلس بسـبب الدين وغيره، فالمفلس بعد الحجر عليه لا يتصرـف في ملكه كيف يشـاء، وليس له أن يتصرف بما يضر الدائنين[1].

الثاني: الرهن، فالراهن ليس له أن يتصرـف في المال المرهون مع كونه ملكاً له كيف يشـاء التعلق حق المرتهن به[2].

الثالث: الإجارة، فمالك العين المؤجرة لا يجوز له أن يتصرف في منفعتها لتعلق حق المستأجر بها ولكن هل له أن يتصرـف في العين المؤجرة في رقبتها ببيع أو هبة أو نحوهما بناء على أن حق المسـتأجر يتعلق بالمنفعة لا بالعين، حيث إن الإجارة موردها المنافع؟ ذهب عامة الفقهاء إلى جواز هذا التصرف[3].

الرابع: الشركة: يجوز للشريك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما دام أهلاً للتصرف، وكان على وجه لا يضر شريكه وذلك لتعلق حق الشريك بالملك، وأما إذا تضمن التصرف ضرراً بالشريك فقد اختلف الفقهاء في تصرفه على قولين:

القول الأول: أن التصرـف في هذه الحال يكون باطلاً وهذا مذهب الشـافعية[4]، والحنابلة في المشهور[5]، وبه قال أهل الظاهر[6].

القول الثاني: إن التصرـف يكون صـحيحاً موقوفاً على إذن الشرـيك، وهذا مذهب الحنفية[7]، والمالكية[8]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: البحر الرائق: (٨/ ٨٣)، وتبيين الحقائق: (٥/ ١٩٠)، وشرح الخرشي: (٥/ ٢٦٦)، والمغني لابن قدامة: (٤/ ٤٨٥).

(٢) انظر: المبسوط: (١٣/ ١١)، وشرح الزرقاني: (٥/ ١٩)، ومواهب الجليل: (٤/ ٤٦٩)، والمغني: (٤/ ٣٦٢).

(٣) انظر: الفتاوى الهندية: (٣/ ١١٠)، وتحفة المحتاج: (٦/ ١٥٩)، والمغني: (٥/ ٤٧٢).

(٤) انظر: المهذب: (١/ ٣١٠)، ونهاية المحتاج: (٣/ ٣٨٨)، وتحفة المحتاج: (٦/ ١٩٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣).و الشرح الكبير: (١٤/ ٢٥).

(٦) انظر: المحلى (٨/ ١٣٣).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٤٥)، والفتاوى الهندية: (٣/ ١١٠).

(٨) انظر: شرح الزرقاني: (٥/ ١٩).

=

الخامس: مرض الموت: فالمريض في مرض موته ليس له أن يتـ صرف كيف يـ شاء بل الأ صل فيه أن تصرفاته بطريق التبرع أو المحاباة أو غبن فاحش ولو كانت بطريق المعاوضة أنها صحيحة نافذة في حدود الثلث(١).

السادس: الأنوثة: وهي إن المرأة إذا تزوجت رشدها، ليس لها أن تتصرف بغير عوض فيما زاد على الثلث إلا بإذن من زوجها.عند المالكية في المشهور(٢)، والحنابلة في رواية(٣).

و لكن **الذي يظهر لي** أن الأنوثة ليست سبباً من أسباب الحجر على المرأة، بل المرأة لها أن تتصرف في مالها تصرف الملاك، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿ ئائەئەئوئوئۇئۇئۆ ﴾(٤).

ولحديث ميمونة بنت الحارث -زوجة الرسول ﷺ- أخبرته أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن رسول الله ﷺ، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟ قال: «أوفعلت؟» قالت: نعم، قال: «**أما أنك لو أعطيتيها أخوالك كان أعظم لأجرك**»(٥). والله أعلم بالصواب.

ويلتحق بهذه الأسباب حق الجوار، وحق الجماعة(٦).

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن لصاحب الملك ولاية التصرف في ملكه الخاص بإرادته واختياره مالم يتعلق به حق من حقوق الغير، وأن إطلاق تصرفه يتقيد بتعلق حق الغير بملكه والمالك في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه لا بد له أن يراعي حق الآخرين، ولا يجوز لأحد أن يتصرف في ملكه متعمداً بضرر الآخرين.كما أنه لا يجوز له أن يتصرف بتصرف مضر على غير الوجه المعتاد.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤٣٦)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٣٧)، وشرح الأحوال الشخصية: ص(٣١٦). و

(٢) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف: (٢/ ١٥-١٤)، والقوانين الفقهية: ص(٣٤٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ٥١٢) وما بعدها، وهي رواية أبي طالب عن أحمد .

(٤) الآية: (٦) من سورة النساء.

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٥/ ٢١٩)، ومسلم في صحيحه: (٢/ ٦٩٤).

(٦) انظر: موسوعة الفقه الإسلامي: (٣/ ٢٤٣-٢٤١)، ونظرية الضمان: ص(٢٥-٢٣).

=

والقاعدة بمفهومها ومدلولها تشير إلى أن الملك المستقل المتميز الذي لم يتعلق به حق الغير يجوز لصاحبه أن يتصرف فيه كيف يشاء وبما يشاء ولو كان ذلك مضراً بغيره.

ولكن الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية أن **الضرر يزال**، وأنه **لا ضرر ولا ضرار**[١]، ولهذا كل تصرف يقصد به الضرر أو الإضرار بغيره منهي عنه شرعاً.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

أ- اتفقوا على أن التصرف المضر إذا كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيؤدي ذلك إلى احتراق متاع من يليه من الجيران فإنه متعد بذلك وعليه الضمان[٢].

ب- اتفقوا أيضاً على أن التصرف إن كان المقصود به الإضرار بغيره، أنه يأثم بذلك وأنه منهي عنه شرعاً، كما اتفقوا على حرمة الاطلاع على عورات الناس وحرمة كل ما يضرهم ويؤذيهم[٣].

قال الغزالي: «... إنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق عليه، وثقل على قلبه فينبغي أن لا يعامل غيره به»[٤].

ج - واختلفوا هل يمنع الملك من التصرف الذي يضر بغيره لحق ذلك الغير أم لا؟ [٥]على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: إنه لا يمنع صاحب الملك من التصرف في ملكه بل يعطى للمالك حرية وا سعة في استعمال حقه وإن كان فيه مضارة ولم يمنعه إلا في حدود ضيقة، وهذا مذهب الحنفية[٦]، والشافعية

---

(١) انظر: القواعد الفقهية للندوي: ص(٢٥٢)، والموافقات للشاطبي: (٤/ ٣٢).

(٢) انظر: منهاج المحتاج: (٥/ ٣٣٨-٣٣٧)، وجامع العلوم والحكم لابن رجب: ص(٢٦٩)، والمنتقى: (٦/ ٤١).

(٣) انظر: المحلى: (٩/ ١٠٧-١٠٦)، وإحياء علوم الدين: (٢/ ٢٧٠)، والمنتقى: (٦/ ٤٦).

(٤) إحياء علوم الدين: (٢/ ٩٥).

(٥) انظر: الملكية في الشرية الإسلامية: (١٥٥-١٥٤).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٥/ ٢١)، وحا شية ابن عابدين: (٥/ ٤٤٣، ٤٤٩، ٤٤٨)، (٦/ ٧٤٧)، والفرائد البهية: ص(١٥٣-١٥٢)، وهذا قول متقدمي الحنفية.

=

في الراجح[١]، وهي رواية عن الإمام أحمد[٢]، وبه قال أهل الظاهر[٣].

قال الكاساني: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه. وإن كان يهن من ذلك البناء، ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه، ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء، وسقط حائط الجدار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير أي ليس متعدياً»[٤].

المذهب الثاني: يمنع المالك من التصرف في ملكه إذا كان يضر بغيره ضرراً فاحشاً، وأما إذا كان الضرر ضرراً يسيراً غير فاحش فإنه لا يمنع من تصرفه، والاستناد هنا إلى الاستحسان لأجل المصلحة.

وهذا مذهب بعض الحنفية،[٥] وهو رواية عن أبي يوسف[٦]، وبعض الشافعية[٧].

جاء في تبيين الحقائق[٨]: «لو أراد بناء تنور في دار للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً فاحشاً، لا يمكن التحرز عنه، والقياس أنه يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة» .

وبين ابن الهمام أن الضرر الفاحش البين هو ما يكون سبباً للهدم أو لوهن البناء أوما يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية[٩].

وحددوا الضرر الفاحش؛ لأن التوسع في منع كل ضرر يسد باب الانتفاع بملك الإنسان، ولكن فقهاء الحنفية عند التخريج لم يلتزموا هذا التحديد الذي ذكره ابن الهمام وغيره لمعنى الفاحش

---

(١) انظر: كفاية الأخيار: (١/ ١٤٨-١٤٧) والإفصاح: (١/ ٢٤٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ١٩٦).

(٣) انظر: المحلى لابن حزم: (٩/ ١٠٧-١٠٥)، وأسبوع الفقه الإسلامي: ص(٥٦-٥٠).

(٤) بدائع الصنائع: (٦/ ٢٦٣).

(٥) انظر:شرح فتح القدير: (٥/ ٥٠٦).

(٦) انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٥٠٦)، وإيضاح القواعد: ص(٢٨).

(٧) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٧)، وشرح المحلى: (٩/ ١٠٧-١٠٥).

(٨) تبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦) ط. بولاق.

(٩) شرح فتح القدير: (٧/ ٣٢٦).

=

بل ذكروا كل ضرر يؤذي غيره ويمس حق الغير فإنه يمنع من التصرف به[١].

المذهب الثالث: أن المالك يمنع من التصرف الذي يقصد به الضرر بغيره، وإن كان قليلاً، كما أنه يمنع من التصرف الذي يضر غيره إذا كان الضرر فاحشاً، وأما إذا كان الضرر الذي يلحق غيره أكثر مما يلحق المالك فيما لو منع من هذا التصرف فلا يمنع من التصرف.

وهذا مذهب المالكية[٢]، والحنابلة في الرواية المشهورة[٣]، وبعض الشافعية[٤].

قال ابن رجب عند شرحه حديث: «**لا ضرر ولا ضرار**»: «المراد الضرر بغير حق، وهو على نوعين:

أحدهما: ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بالغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه... والثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضرر الممنوع بذلك»[٥].

وجاء في المغني[٦]: «ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماماً بين الدرر أو أن يفتح خبازاً بين العاطرين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرجها أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها...».

واستدلوا بما يأتي:

١-قول النبي ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٧] .

---

(١) انظر: رد المحتار: (٥/ ٢٣٧)، وجامع الفصولين: (٢/ ٢٦٧)، وشرح فتح القدير: (٧/ ٣٢٦)، ومرشد الحيران: مادة رقم: (٦٠) .

(٢) انظر: شرح ميارة وحاشية المعمداني عليه: (٢/ ٢٤٧-٢٢٤)، وتبصرة الحكام: (٢/ ٣٥٧)، ونظرية الضمان للدكتور الزحيلي: ص(٢٥-٢٣).

(٣) انظر: المغني: (٤/ ٥٧٣-٥٧٢)، وكشاف القناع: (٣/ ٣٩٧-٣٩٦)، و جامع العلوم والحكم: ص(٢٦٩-٢٦٧)، والحق ومدى سلطة الدولة: ص(٥٠٤-٥٠٢).

(٤) انظر: جامع العلوم والحكم: ص(٢٦٩-٢٦٧) .

(٥) انظر: جامع العلوم والحكم: ص(٢٦٩-٢٦٧).

(٦) المغني: (٤/ ٥٧٣-٥٧٢).

(٧) الحديث سبق تخريجه في : ص(٣٥).

=

٢-ولأن هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها، وكسقى الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو إشعال نار تتعدى إلى إحراقها.

٣-ولأنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فأشبه ما لو اطلع عليه من خصاص الباب، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ: «**لو أن رجلاً اطلع إليك حذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح**»(١).

الذي يظهر لي هو القول بمراعاة حق الغير عند استعمال الأملاك والتصرف فيها، وذلك لأن المضارة في الإسلام منهي عنها في الأصل، ولأن كل تصرف يؤدي إلى الضرر بحق الغير فإنه يفضي إلى التشاجر والمنازعة وهو غير مقصود في الشرع من الاستفادة من الأملاك. والله أعلم بالصواب.

والأدلة على صحة القاعدة واعتبارها على الترتيب المذيل:

١-قوله تعالى: ﴿ ﭤﭥﭦﭧﭨﭩﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳ ﴾(٢).

هذه الآية تدل على أن الوصية في ذاتها مشروعة، ولكنها مقيدة بعدم الإضرار بالورثة، وإطلاق النهي في الآية يقتضي تقييدها بعدم الإضرار بالورثة، ولو كانت الوصية بالثلث لأجنبي.

٢-وقوله تعالى في الرجعة في النكاح: ﴿ ﭒﭓﭔﭕﭖﭗﭘﭙﭚﭛﭜﭝﭞﭟﭠﭡ ﴾(٣). وقال: ﴿ ﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙ ﴾(٤). فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك.

٣-وقوله في الرضاع: ﴿ ﯤﯥﯦﯧﯨﯩﯪﯫ ﴾(٥). قال مجاهد: «لا تضار والدة بولدها، أي: لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها»(٦).

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٩/ ٨، ٩، ١٣)، في باب من أخذ حقه أو اقتصد دون السلطان، وباب من اطلع في بيت قوم... من كتاب الديات، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٦٩٩) في باب تحريم النظر في بيت وغيره، من كتاب الآداب.

(٢) الآية (١٢) من سورة النساء.

(٣) الآية: (٢٣١) من سورة البقرة.

(٤) الآية: (٢٢٨) من سورة البقرة.

(٥) الآية: (٢٣٣) من سورة البقرة.

(٦) انظر: تفسير مجاهد: (١/ ١٠٠).

=

٤-قوله عليه السلام: «**لا ضرر ولا ضرار**»[١].

ففي هذا الحديث نفي النبي ﷺ الضرر والضرار بغير حق.

٥-حديث سمرة بن جندب أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه إن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه ولك كذا وكذا.. أمراً رغبة فيه، فأبى، فقال: أنت مضار، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «**اذهب فاقلع نخله**»[٢].

ففي هذا الحديث أمر رسول الله ﷺ بقلع النخل دفعاً للضرر الناشئ عن استعمال الحق، فيكون الحديث بهذا المعنى أصلاً لقاعدة منع المضارة المترتبة على استعمال الحق.

٦-قصة الزبير مع الأنصاري وفيها: «أن رجلاً خاصم الزبير في شراج[٣] الحرة التي يسقون بها، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه الزبير، فقال النبي ﷺ للزبير: «**اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك**» فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «**اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر...**»[٤].

فالحديث يدل على أن الرسول ﷺ أراد أن تكون العلاقة بين المتجاورين في الأراضي الزراعية قائمة على التسامح.

٧- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره**» ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم[٥].

ففي هذا الحديث نهي المالك عن أن يمنع جاره عن غرز خشبة في جداره.

---

(١) سبق تخريجه: ص(٣٥) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: (٤/ ٥٠) في كتاب الاقضية وضعفه الشيخ الالباني في تحقيق المشكاة برقم ٣٠٠٦).

(٣) شراج جمع شرجة، والشرجة مسيل الماء من الحرة إلى السهل. انظر: النهاية لابن الأثير: ص(٤٧١).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود: (٤/ ٥١) في أبواب القضاء. قال الترمذي: «هذا حديث حسن» . انظر: تحفة الأحوذي: (٤/ ٥٠٠) .

(٥) الحديث أخرجه البخاري: (٥/ ١٣١) في باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره من كتاب المظالم.

=

٨-وما روي أنه كتب إلى عمر بن الخطاب في رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى، فكتب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يوضع وراء تلك الكواء سرير ويقوم عليه رجل، فإن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك وإن كان لا ينظر لم يمنع من ذلك[1].

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من المسائل الفقهية أذكر هنا شيئاً منها:

١- لو تصرف الشريك في حصته من الشركة بتصرف مضر بشريكه الآخر يمنع من هذا التصرف المضر لتعلق حق الشريك به.

٢- **ومنها:** تصرف المفلس بما يضر به الغرماء

٣- **ومنها:** لو أقر أحد الورثة بوارث آخر مشارك لهم في الميراث فل يثبت له النسب.[2]

٤- **ومنها:** تصرف المأذون له في التجارة بالعفو و الترك بما يضر به السيد لا ينفذ إلا بإذن سيده، و ذلك لأن الملك لسيده و لم يأذن له في إبطال حقوقه.[3]

٥- **ومنها:** لو باع صاحب المال شقصا في شركة المضاربة بغير إذن عامل المضاربة، و كذلك ضارب العامل شخصا آخر بغير إذن المالك ليشاركه في العمل و الربح فلا ينفذ تصرفه هذا لكونه مضراً بحق الغير.[4]

سادساً:ما يستثنى من هذه القاعدة:

١- المكاتب له أن يأخذ بحقه و يترك، و ليس للسيد أن يعترض عليه، لأن التصرف يتبع له دون سيده.

---

(١) انظر: المدونة الكبرى: (٦/ ٩٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣١٥-٣١٤).

(٣) انظر: المصدر السابق: (٧/ ٤٧٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٩٠) و مغني المحتاج: (٢/ ٢١٧) و الشرح الصغير: (٣/ ٦٩٦-٦٩٥).

المبحث الثاني: قاعدة: المتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ولا يلزمه الضمان

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق باستعمال الأملاك والتصرف فيها. والقاعدة ترسم لنا دائرة التصرف في الأملاك كما أنها تشير إلى حرية الملاك في استعمال أملاكهم والتصرف فيها .

دراسة القاعدة تأتي على الترتيب المذيل:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة بالصيغة المذكورة ذكرها صاحب المبسوط، [1] حيث قال: «فإن كان العبد بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه جاز، ثم إن كان المعتق موسراً فللساكت ثلاث خيارات، ... وإن كان المعتق معسراً فللساكت خياران إن شاء أعتق وإن شاء استسعى، وليس له حق تضمين الشريك... والقياس أن لا يجب على المعتق ضمان بحال؛ لأنه متصرف في نصيب نفسه، والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا، و لا يلزمه الضمان وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك غيره» .

وكذلك ذكره الندوي في موسوعته [2] وقد وردت القاعدة بعدة ألفاظ متقاربة...

منها: «**تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به الجار**»[3] .

وجاءت بلفظ: "**تصرف الإنسان في خالص حقه إنما إذا لم يتضرر به سواه**" [4].

وأشارت إليها مجلة الأحكام الشرعية بلفظ: «**تصرف الإنسان في ملكه بما يتعدى ضرره إلى جاره عدوان**»[5] .

والقاعدة لها ألفاظ أخرى متقاربة بعضها يفيد تقييد بعضها، ويأتي بيان شيء منها في المباحث الآتية.

ولكن القاعدة المذكورة توحي إلى مضمون مهم وهو أن تصرف المالك في ملكه لا يحتمل

(١) المبسوط للسرخسي: (٧/ ١٠٥) .

(٢) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٣٦) .

(٣) انظر: مجامع الحقائق: ص(٣٦٧) .

(٤) شرح الخاتمة: (٣١-٣٠) .

(٥) مجلة الأحكام الشرعية، مادة رقم: (١٤٤٦) .

=

التعدي والعدوان ولا يكون من باب الضمان. وأشار الفقهاء إليه في كتبهم بعبارات متعددة و صفات مختلفة، ويشهد لهذا تفريعهم على ذلك[١].

ثانيا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-المتصرف في ملكه:

وهو الذي يتصرف في خالص ملكه ولا يزاحمه أحد من الناس في ذلك، ولا يدخل معه التصرف المشارك في ملكه وكذلك المتصرف لغيره وهو الوكيل والوصي وغيرهما.

ويشترط في التصرف في خالص ملكه أن لا يتعلق به حق من الحقوق المعتبرة شرعاً، فإذا تعلق به حق الغير فلا يكون المتصرف في ملكه متصرفاً في خالص حقه.

والمتصرف في ملكه هو المتصرف لنفسه وهو المتصرف بمشئته[٢].

ب-المقصود بالمتعدي.

١-المتعدي اسم فاعل من فعل التعدي .

والتعدي في اللغة: الظلم، وأصله مجاوزة الحد والقدر الحق. يقال: تعديت الحق وأعتديته وعدوته أي: جاوزته[٣].

والمتعدي في الاصطلاح:

وهو الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة مثلاً .

فإنه أعم من الغصب، لأنه يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان، فالغصب هو أخذ ذات الشيء، والتعدي أخذ المنفعة[٤].

٢-والفرق بين الغصب والتعدي يظهر عند الفقهاء فيما يلي:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٣١)، والمبسوط: (٢٣/ ١٨٨)، وشرح فتح القدير: (٥/ ٥٠٦)، وحاشية المعمداني على شرح ميارة: (٢/ ٢٤٧)، وتبصرة الحكام: (٢/ ٣٦٤، ٣٦٦، ٣٧١)، والحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٢٧٥)، ونهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٧)، والمغني: (٤/ ٣٨٨)، المحلى لابن حزم: (٩/ ١٠٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٧/ ١٠٥) .

(٣) انظر: المصباح المنير: ص(١٥١) ، ومختار الصحاح: ص(٤١٩) .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/ ٤٥٩) و ما بعدها .

=

١ - التعدي يكون من باب التصرف في الأعيان، بخلاف الغصب وهو أخذ ذواتها.

٢-المتعدي لا يضمن الآفة السماوية، بخلاف الغاصب فإنه يضمنها.

٣-المتعدي يضمن غلة ما أبطل كدار أغلقها، وأرض بوّرها، ودابة حبسها بخلاف الغاصب، إنما يضمن غلة ما استعمل .

٤-أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب للمالك أخذ قيمة المغصوب إن شاء، والفساد اليسير من المتعدي لا يوجب إلا أخذ أرش النقص الحاصل به[1] .

وأما التعدي على النفوس والأبدان فإنه يدخل في باب الجنايات أو الدماء والقصاص وليس هو المقصود عندنا في القاعدة.

٣-والتعدي في الأموال أربعة أنواع[2]:

الأول: أخذ الرقبة أي ذات الشيء و هو الغصب .

الثاني: أخذ المنفعة دون الرقبة، وهو نوع من الغصب، يجب فيه الكراء مطلقاً .

الثالث: الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان، أو تحريق الثوب كله أو تخريقه، وقطع الشجر، وكسر الزجاج، وإتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك.

الرابع: التسبب في التلف، مثل: من فتح حانوتا لرجل، فتركه مفتوحا، فسرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت ، أو أوقد نارا في يوم ريح فأحرقت شيئا، أو حفر بئرا تعدياً، فسقط فيه إنسان أو بهيمة .

فمن فعل شيئا مما ذكر فهو ضامن لما استهلكه، أو أتلفه، أو تسبب في إتلافه، سواء تم الفعل عمداً أو خطأً .

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تدل على أن تصرف المالك في خالص ملكه لا يعتبر تعديا، ولا يوجب ذلك التصرف الضمان عليه، لأنه تصرف مشروع وقع في محل جائز من أهله، فعلى هذا المتصرف في ملكه له حرية التصرف في استعمال أملاكه واستغلاله، و ليس لأحد أن يزاحمه في هذا الاستعمال

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٤٥٩) وما بعدها .

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ص(٣٣١) وما بعدها .

والتصرف.

والقاعدة بمفهومها تدل على أن المتصرف في ملك غيره ليس كالمتصرف في ملكه في الحكم وإنما المتصرف في ملك غيره لا يخرج عن دائرة التعدي والعدوان وبالتالي عن عهده الضمان إذا كان تصرفه استهلاكاً أو إتلافاً.

وإن تصرفه في مال غيره يعتبر تعديا على حق الغير سواء كان ذلك بالتعمد أو بغيره إذا وقع بغير إذن صاحب الملك، وأما إذا أذن له صاحب الملك، فإنه متصرف بإذن، والمتصرف بالإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن، ولا يجوز له الزيادة على المأذون فيه(١).

والقاعدة بمدلولها العام تشير إلى مسألتين:

الأولى: تصرف المالك في خالص ملكه لا يكون على باب التعدي والعدوان ولو حصل به ضرر بغيره. والمسألة سبق تفصيلها.

الثانية: أن التصرف في الملك لا يكون موجبا للضمان، لأنه خالص ملكه، والإنسان لا يضمن نفسه.

ويشترط في كلا المسألتين أن لا يكون المتصرف في ملكه قاصدا للضرر والإضرار وأن لا يكون الضرر ضررا فاحشاً(٢).

رابعاً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١-إذا راجع المطلق امرأته ولم يعلمها بالرجعة صحت، لأن الرجعة استدامة النكاح القائم وليس بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقه.

ولا يكون الزوج متعدياً في حق الزوجة.

٢-ومنها: لو تصرف المالك في ملكه تصرفاً أدى إلى أن يوهن بناء جاره أو سقوط حائط جاره فإنه لا يكون متعدياً ولا يضمن لأنه لم يتعدّ على ملك الغير.(٣)

٣-ومنها: لو كان عبد مشترك بين اثنين وكاتبه أحدهما فإن هذه الكتابة تتوقف على رضا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٣٦).

(٢) انظر: المبسوط: (٢٣/ ١٨٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٣ وما بعدها)، ودرر الحكام (٢/ ٤١٦ وما بعدها).

الشريك الآخر، وإن كان تصرف الشريك الأول في خالص حقه، وإنما قلنا: تتوقف صحة الكتابة على الشريك الآخر لتضرره بالكتابة حيث يفسد عليه عبده وإن كان مشتركاً.

ولكن الشريك المكاتب لا يكون متعدياً في حق غيره.

٤-**ومنها**: لو حفر بئراً في ملك نفسه، أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة أو صبّ فيه ماء فهلك به إنسان بأن سقط في البئر فلا ضمان عليه، لأنه غير متعد بحفرها.(١)

٥-**ومنها**: لو وضع إنسان حجراً أو حديدة في ملكه، ونصب أجنبي فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه، فعثر رجل بالحجر أو الحديدة فوقع على السكين أو في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما، إذ لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه.(٢)

٦-**ومنها**: لو وضع رجل جرة على حائطه، فأهوت بها الريح وتلف بوقوعها شيء أو هلك إنسان لم يضمن؟ إذ انقطع أثر فعله بوضعه، وهو غير متعد بهذا الوضع بأن وضعت الجرة وضعاً مأموناً، فلا يضاف إليه التلف.(٣)

٧-**ومنها**: لو أوقف رجل دابته أو سيارته في الأسواق أو الأماكن المخصصة من قبل السلطات للوقوف أو المأذون بها من جهته كالمحطات الجانبية أو في الفلاة فإنه لا ضمان عليه، ولا يكون متعدياً بفعله كمن تصرف في ملك نفسه، لأن الوقوف فيها مباح لعدم الإضرار بالناس.(٤)

---

(١) انظر: شرح المجلة (١/ ٥١٥)، والمغني لابن قدامة (١٢/ ٨٩-٨٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٨٨).

(٣) انظر: جامع الفصولين (٢/ ٨٨)، والفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية (٣/ ٤٥٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٢)، وتبيين الحقائق (٦/ ١٤٩)، ومجمع الضمانات (ص٦٥،٤٥)، وما بعدها ومغني المحتاج (٤/ ٢٠٤).

المبحث الثالث: قاعدة: تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة.

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بحرية تصرف الملاك في أملاكهم: وهي تتمثل في مدى حرية الملاك عند استعمال الأملاك والتصرف فيها. والقاعدة باللفظ المذكور متفرعة من الأصل الذي استقر عليه العمل وهو: (**الجواز الشرعي ينافي الضمان**) [1].

دراسة القاعدة تتجلى في العناصر الآتية:

أولا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها صاحب المبسوط [2] حيث قال:

«ولو أحرق كلأ أو حصائد في أرضه فذهبت النار يمينا وشمالا وأحرقت شيئا لغيره لم يضمنه لأنه غير متعد في هذا التسبب، فإن له أن يوقد النار في ملك نفسه مطلقا وتصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة. قال بعض مشايخنا -رحمهم الله- وهذا إذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار، فأما إذا أوقد النار في يوم ريح على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى ملك غيره فإنه يكون ضامنا بمنزلة ما لو أوقد النار في ملك غيره. ألا ترى أن من صب في ميزاب مائعا وهو يعلم أن ما تحت الميزاب إنسان جالس فأفسد ذلك المائع ثيابه كان الذي صبه ضامنا وإن كان صبه في ملك نفسه» [3].

وقال أيضا: «توضيحه أنه وإن أبيح له الضرب فإنما أبيح لمنفعة نفسه فإن حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يقيد بشرط السلامة. كتعزير الزوج ورمي الرجل إلى الصيد ومشيه في الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما إذا أذن له المالك فيها نصا فإن بعد الإذن فعله كفعل المالك» [4].

وقد قال في بدائع الصنائع ما يؤدي إلى مضمون هذه القاعدة [5]: «ولو تكارى رجل دابة ليركبها

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية: ص(٥٩) مادة رقم: (٩١).

(٢) المبسوط للسرخسي: (٢٣/ ١٨٨).

(٣) المبسوط للسرخسي: (٢٣/ ١٨٨).

(٤) المبسوط للسرخسي: (١٥/ ١٧٤).

(٥) بدائع الصنائع: (٤/ ٣١٢).

فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فإنه ضامن إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد، وجه قولهما: أن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف، والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن كل واحد منهما من الضرب والكبح غير مأذون فيه لأن العقد لا يوجب الإذن بذلك لإمكان ا ستيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من أجنبي على أنا إن سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فأشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان بشرط السلامة» .

وقال أيضا: «وإن كان في ملك نفسه لا ضمان عليه لأن الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبيب وإن كان في فعله يضمن لأن الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق»[1].

يشهد لهذا الأصل وأشار به ابن الهمام فقال: «وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد لأنه لا بد له من الفعل وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه إذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت»[2].

و في الوسيط ما يعضد هذا المعنى: «أما البئر فلا عهدة فيه على من حفره في ملكه أو في موات فإن كان في ملك الغير فهو عدوان وإن كان في الشوارع نظر فإن أضر بالطارقين فهو عدوان وإن لم يضر فإن فعله لمصلحة الطريق وبإذن الوالي وأحكم رأسه فلا ضمان على الحافر وإن كان بغير إذن الوالي فقولان، ووجه والإيجاب أن الاستقلال للآحاد إنما يباح بشرط سلامة العاقبة فإن فعل لمصلحة نفسه فله ذلك ولكن بشرط سلامة العاقبة.

وكذلك إشراع القوابيل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين ولكنه بشرط سلامة العاقبة فهو

---

(١) بدائع الصنائع: (٧/ ٢٧٧) .

(٢) شرح فتح القدير: (٥/ ٣٥٢) .

في عهدته دواما وابتداء وليس هذا كما لو حفر بئرا في داره فسقط جدار دار جاره فلا ضمان لأن تصرفه في نفس الملك لو قيد بشرط السلامة لأورث حرجا على الناس فقيد بالعادة وأسقط عهدته.

وأما الارتفاق بالأجنحة فمستغنى عنها ومهما حفر بئرا في أرض جوارة ولم يحكم أطرافها بالخشب أو وسع رأسها بحيث خرج عن العادة وهو مطالب بعهدته وكذلك لو أوقد نارا على السطح في يوم ريح كان في عهدة الشرار وإن كان على العادة فعصفت ريح بغتة فلا ضمان»(١).

والقاعدة وردت بألفاظ أخرى مفهومها يؤدي إلى أصل هذه القاعدة و الخلاف فيها.

منها: «الإطلاقات تتقيد بشرط السلامة...»(٢) وكذلك: «المباحات تتقيد بشرط السلامة»(٣).

وقد أشار إليها الفقهاء رحمهم الله في كتبهم أيضاً (٤) وقد قال في تبيين الحقائق(٥): «القياس أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم» .

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-تصرف المالك في ملكه

المقصود بتصرف المالك في ملكه هو التصرف المشروع، وأما التصرف المحظور شرعاً فإنه لا يصح ولا يدخل في هذا الباب.

وتصرف المالك في ملكه ينقسم إلى قسمين:

الأول: التصرف الذي قصد به الإضرار بغيره، وهذا منهي عنه شرعاً. لقوله ﷺ: «**لاضرر ولا ضرار**» .

الثاني: التصرف الذي لم يقصد به الضرر وهو نوعان:

---

(١) الوسيط: (٦/ ٣٥٨)

(٢) انظر: الهداية شرح البداية: (٢/ ١١١)

(٣) انظر: المبسوط: (٩/ ٦٥).

(٤)انظر: حاشية ابن عابدين:(٥/ ٤٤٨)، وتبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦) و غاية المحتاج: (٥/ ٣٣٧)، وشرح المحلى: (٩/ ١٠٥-١٠٧).

(٥) تبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦).

=

أحدهما: التصرف الذي ينتج عنه الضرر الفاحش لا الضرر اليسير، والمقصود بالضرر الفاحش: هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء بأن يجلب عليه وهنًا وأن يكون سبب انهدامه[1]، وهذا محل خلاف وقد سبق بيانه.

الثاني: التصرف الذي لا يترتب عليه ضرر بالآخرين، وهو التصرف بشرط السلامة. الذي ورد في القاعدة . و هو محل البحث في هذه القاعدة ، هل يشترط ذلك في تصرف المالك قي ملكه أم لا؟

ب-معنى السلامة، والمقصود بشرط السلامة:

١-معنى السلامة لغة واصطلاحاً:

السـلامة في اللغة:الأمن، وهو التخليص والنجاة من الآفات، يقال: «سـالم»لمن خلص ونجا منها[2] . ومنه « التسليم: بذل الرضا بالحكم، والتسالم: التصالح، والمسالمة: المصالحة، واستسلم «استلم الحجرة لمسه،: أي انقاد»[3] .

وفي الاصطلاح: السلامة أن يسلم الإنسان من العاهة و الأذى، فالله سبحانه وتعالى هو السلام لسلامته مما يلحق المخلوقين من العيب والنقص والفناء[4] . والمقصود بالسلامة هنا-هو السلامة من كل ضرر يلحق الآخرين.

٢-شرط السلامة:

هوأن يكون تصرف صاحب الملك مراعاة لمصلحة نفسه وغيره، سالماً من كل ضرر وإضرار بحيث لا يكون تصرفه مبطلا أو منقصا لمصلحة غيره.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تنص على أن تصرف الإنسان في خالص ملكه لا يتقيد بشرط السلامة من الضرر، بل يكون تصرفه مطلقاً بما شاء، وكيف شاء، لأن مقتضى الملك هو إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه كما يحلو له.

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية: ص(٦٩٠-٦٥٨).

(٢) انظر: المصباح المنير: ص(١٠٩) .

(٣) انظر: مختار الصحاح: ص(٣١١)

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٤٦٥).

والقاعدة بمفهومها ومدلولها تفيد أن تصرف الإنسان فيما لا يملك، وكذلك في المباحات والإطلاقات يكون مقيدا بشرط السلامة، وليس لأحد أن يتصرف في الإطلاقات بما شاء وبما يضرر به الآخرين، لأنه لا يجوز لأحد أن يدخل الضرر على غيره بما ينتفع به.

رابعاً: **أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:**

اتفق الفقهاء في هذا المجال على حرمة قصد الإضرار بالجار، وأنه يأثم بذلك، كما اتفقوا على حرمة الاطلاع على عورات الجيران، و على حرمة كل ما يضرهم ويؤذيهم[١].

واختلف العلماء في اعتبار هذه القاعدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المالك يتصرف في خالص ملكه، وهو حر في ذلك لا يمنع منه ولا يقيد، ولو تضرر به الآخرون، لأن في منعه من الانتفاع بملكه إضراراً به، ولا يصح أن يدفع الضرر عن غير المالك بإضرار المالك. فله أن يفتح نوافذ في بيته كما شاء، ويحفر بئراً أو بالوعة أو يتخذ طاحونة أو فرناً، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره، أو يسبب له الإزعاج والضرر، ولا ضمان عليه في مثل هذه الحالات.

وهذا القول ذهب إليه الحنفية[٢]، والشافعية[٣] في الراجح و هي رواية عن الإمام أحمد. [٤]

القول الثاني: أن المالك يمنع من التصرف الذي يحصل به الضرر بغيره وإن كان ذلك في ملك نفسه ، كما أنه يمنع من التصرف الذي يقصد به إضرار غيره.

وهذا القول ذهب إليه المالكية [٥]، وأحمد في الرواية المشهورة[٦]، وبه قال أيضاً بعض الشافعية[٧]..

الذي يظهر لي هو القول باعتبار هذه القاعدة؛ لأن قاعدة منع المضارة إنما جاءت إذا كان

(١) انظر: المحلى (٦/ ١٠٧-١٠٦)، إحياء علوم الدين (٢/ ٢٧٠).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤٣)، المبسوط للسرخسي (١٥/ ٢٠).و فتح القدير (٥/ ٥٠٦).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٥/ ٣٣٧). و روضة الطالبين: (٣/ ٣٩٢)

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣١، .

(٥) انظر: شرح ميارة وحاشية المعمداني عليه (٢/ ٢٤٧-٢٢٤).

(٦) انظر: المغني (٤/ ٣٨٨)، جامع العلوم والحكم (ص٢٦٧-٢٦٩).

(٧) انظر: المصدرين السابقين، وإيضاح القواعد (ص٢٨).

التصرف يلحق بغيره، وأما تصرف الإنسان في ملك نفسه فإنه لو تقيد بشرط السلامة فأدى ذلك إلى منع حرية التصرف لصاحب الملك، وهذا ليس بمقصود في الشرع.

وأما إذا كان الضرر مقصوداً من قبل صاحب الملك فإنه ممنوع شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم: **"لا ضرر ولا ضرار"**(١).

خامسا: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية، أذكرمنها:

١-لو حفر إنسان في ملكه بئرا، فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئًا(٢) .

٢-**ومنها**: لو أحدث رجل في داره كوة للضياء فلا يتقيد تصرفه هذا بشرط السلامة (٣)

٣- **ومنها**: لو اتخذ رجل في بيته حماما فله ذلك (٤)

---

(١) سبق تخريجه ص(٣٥).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٥٩) .

(٣) انظر: تبصرة الحكام : (٢/ ٣٥٨).

(٤) انظر: تبيين الحقائق: (٤/ ١٩٦) .

المبحث الرابع: ضابط: الإقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك في المبيع الذي فيه الخيار

هذا الضابط من الضوابط المهمة التي تتعلق بأثر التصرف على الملك الموقوف، والضابط يحوي بأطرافه أحكام إمضاء العقود الموقوفة لأجل الخيارات ومدى صحة الإقدام على التصرف.

دراسة الضابط تتبين في الأمور التالية:

أولا: الكلام على أصل الضابط، ووضعه وألفاظه:

الضابط بالصيغة المذكورة ذكره الكاساني في بدائع الصنائع[1] والندوي في موسوعته[2] وقد أشار إليه أصحاب المجلة: «المادة:(٣٣٥) تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار الرؤية»[3] .

وهناك عبارات فقهية كثيرة تشهد لأصل الضابط ووضعه، ومنها ماجاء في تحفة الفقهاء[4]: «وكذلك المشتري لو أسكن الدار المبيعة رجلا بأجر أو بغير أجر أو رمَّ شيئا منها بالتطبيق والتجصيص أو أحدث فيها بناء أو هدم شيئا منها، فإنه يسقط الخيار، لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك، ولو سقط حائط منها بغير صنع أحد يسقط الخيار، لأنه نقص في المعقود عليه» .

ويؤكد هذا المعنى ما ذكره الكاساني: «ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري أو أسكنها غيره بأجر أو بغير أجر أو رمَّ شيئا منها أو جصّصها أو طينها أو أحدث فيها شيئا أو هدم فيها شيئا فذلك كله إجازة، لأنه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان إجازةً دلالةً»[5] وجاء في كشاف القناع [6]: «وإن وطئها أي الأمة الموصى له بها بعد موت الموصي كان ذلك قبولا؛ لأنه إنما يباح في الملك، فتعاطيه دليل اختيار الملك كالهبة، فيثبت له الملك به كقبوله باللفظ» .

ثانيا: شرح مفردات الضابط وما يتعلق بها:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: (٥/ ٢٦٧)

(٢) موسوعة القواعد للندوي: (٢/ ٧٣)

(٣) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ١٧٧) مادة رقم: (٣٣٥) .

(٤) تحفة الفقهاء: (٢/ ٧٠) .

(٥) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٧٠) .

(٦) كشاف القناع: (٤/ ٣٤٧) .

=

أ- الإقدام على التصرف:

الإقدام في اللغة: هو التقدم والشجاعة، يقال: أقدم على الأمر، ويطلق على السبق[١].

والمقصود بالإقدام على التصرف هو القيام بنوع من أنواع التصرف في الملك أو المبيع الذي فيه الخيار لأحد المتعاقدين.

ب- دليل:

الدليل في اللغة الدال والمرشد إلى المطلوب، أو الموصل إلى المقصود والهادي والكاشف[٢].

وفي الاصطلاح: ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري[٣].

وقيل: هو الوصول إلى العلم[٤].

والدليل على أربعة أقسام[٥]:

الأول: الدليل السمعي و هو الكتاب والسنة المتواترة والإجماع.

الثاني: الدليل العقلي. وهو نوعان: ضروري ونظري، فالضروري: هو الذي لا يفتقر إلى نظر واستدلال، ويسمى أيضاً: البديهي كعلم الإنسان بوجود نفسه.

والنظري خلافه، وهو الذي يفتقر إلى نظر واستدلال[٦].

الثالث: الحسي و هو الإدراك بالحواس الخمس[٧].

الرابع: المركب من الحس والعقل و هو كقرائن الأحوال و التواتر والتجريب والحدس[٨][٩].

---

(١) انظر: مختار الصحاح: ص(٥٢٥).

(٢) انظر: لسان العرب: (١/ ٢٤٨).

(٣) انظر: الكافية في الجدل: ص(٤٦)، والعدة: (١/ ١٣١)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٥٢-٥١).

(٤) تقريب الوصول: ص(٩٩).

(٥) انظر: شرح البناني على المسلم: ص(٢٠١)، وآداب البحث والمناظرة القسم الأول: ص(٦٢).

(٦) انظر: العدة لأبي يعلى: (١/ ٨٢-٨٠)، وشرح الكوكب المنير: (١/ ٦٦)، والحدود للباجي: ص(٢٥).

(٧) انظر: تقريب الوصول: ص(١٠٠).

(٨) الحدس هو سرعة انتقال الذهن من المبادئ إلى المطالب ويقابله الفكر. التعريفات: ص(٨٣).

(٩) انظر: شرح البناني على المسلم: ص(٢٠٥).

=

والمقصـــود بالدليل في القاعدة هو القســـم الرابع، وهو الذي يدل على رضـــا أحد المتعاقدين وإمضائه للعقد أو فسخه.

ج- الاختيار:

الاختيار في اللغة الاصطفاء والتقبل والارتضاء[1]، والمقصود بالاختيار هنا إمضاء العقد الذي فيه الخيار لأحد المتعاقدين أولهما.

والاختيار نوعان[2]:

الأول: الاختيار بصريح اللفظ أو ما يجري مجرى الصريح بأن يقول أمضيت العقد أو اخترت المبيع.

الثاني: الاختيار من طريق الدلالة. قال الكاســـاني: " فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار... ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن تعين ما تصرف فيه للبيع، لم ينفذ تصرفه، لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه؛ لأنه ظهر إنه تصرف في ملك نفسه، فينفذ" [3] .

د- معنى الخيار لغة واصطلاحاً:

١-الخيار في اللغة:

اســـم مصـــدر من الاختيار . وهو الاصـــطفاء والانتقاء، والفعل منهما «اختار» . يقال: أنت بالخيار: أي اختر ماشـئت . و«خيره بين الشـيئين معناه: فوّض إليه اختيار أحدهما» و«الاسـتخارة: طلب الخيرة»[4] .

٢- والخيار في الاصطلاح:

«هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي، أو- كون أحد العاقدين في فسخة من اختيار العقد أو تركه»[5] .

(١) انظر: مختار الصحاح: ص(١٩٤) .

(٢) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٦٢-٢٦١) .

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٦٢) .

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٣٢٩)، والمصباح المنير: ص(٧١)، ومختار الصحاح: ص(١٩٤).

(٥) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٩٠).

٣- أقسام الخيارات:

الخيارات أقسام متعددة باعتبارات متعددة. ومجموع هذه الأقسام يصل إلى ثمانية عشر قسما(١)، وهي:

الأول: خيار المجلس: هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد(٢).

الثاني: خيار التعيين: هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد، فإن عين الواحد صار محل العقد معلوما بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة(٣).

الثالث: خيار الشرط: هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة(٤).

الرابع: خيار العيب: هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين، ولم يكن صاحبه عالما به وقت العقد(٥).

الخامس: خيار الرؤية: هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة(٦).

السادس: خيار النقد: هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة، فلا بيع بينهما، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحدودة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسدا(٧).

---

(١) انظر: أقسام الخيارات عند الفقهاء بأنواعها واعتباراتها في مجلة الأحكام العدلية، المادة: (٣٥٥-٣٠٠)، البدائع والصنائع: (٥/ ٢٩٧-٢٩٢)، حاشية الدسوقي: (١/ ١١٨).

(٢) انظر: المجموع للنووي: (٩/ ١٨٦) وبعدها.

(٣) انظر: شرح المجلة، المادة: (٣٢٩-٣١٦).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (٢٠٩-٣٠٠).

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية: المادة: (٣٥٥-٣٣٦).

(٦) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (٣٣٤-٣٢٠).

(٧) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: (٣١٥-٣١٣).

السابع: خيار الغبن: هو النقص في الثمن في البيع والشراء (١).

الثامن: خيار القبول: هو ما إذا أوجب أحد العاقدين فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده.

التاسع: خيار الاستحقاق: صورته استحق بعد المبيع، فإن كان الاستحقاق قبل القبض خير في الكل، وإن كان بعده خير في القيمي لا في المثلي.

العاشر: الخيار في خيانة التولية: هو أن تظهر خيانة البائع في بيع التولية بإقراره أو ببرهان أو بنكوله، فللمشتري الرد أو الحط قدر الخيانة إن رضي البائع.

الحاديح عشر: الخيار في خيانة المرابحة: هو أن تظهر خيانة البائع في بيع المرابحة بإقراره أو ببرهان أو بنكوله، أخذه المشتري بكل ثمنه أو رده لفوات الرضاء.

الثاني عشر: الخيار في ظهور المبيع مرهونا: هو أن يبيع الشيء المرهون، فإن أجاز المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يجز فالخيار للمشتري إن شاء انتظر أداء الدين أو فسخ.

الثالث عشر: خيار فوات الوصف: هو حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه (٢).

الرابع عشر: خيار فوات الشرط: هو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد فوق مقتضى العقد (٣).

الخامس عشر: خيار كشف الحال: هو حق الفسخ لمن ظهر له مقدار المبيع على غير ما ظنه (٤).

السادس عشر: خيار الكمية: هو حق البائع في الفسخ لخفاء مقدار الثمن عند التعاقد (٥).

السابع عشر: خيار التقرير الفعلي: كالتصرية، والمصراة: هي ما كانت قليلة اللبن، فشد البائع درعها وحبسها عن ولدها ليجتمع لبنها، فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن.

---

(١) انظر: البحر الرائق: (٧/ ١٦٩).

(٢) انظر: فتح القدير: (٥/ ١٣٥).

(٣) انظر: بدائع والصنائع: (٥/ ١٧١).

(٤) انظر: رد المختار: (٢/ ٤٥،٢٧).

(٥) انظر: حاشية الحموي على الأشباه لابن نجيم: (١/ ٣٢٧).

الثامن عشر: الخيار في ظهور المبيع مستأجرًا: هو أن يبيع الدار المستأجرة، فإن أجاز المستأجر فلا خيار، وإن لم يجز فله الخيار، إن شاء انتظر إنقضاء مدة الإجارة أو فسخ.

ثالثا: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط باللفظ المذكور يدل على أن كل تصرف يقدم عليه أحد المتعاقدين في مدة الخيار في المبيع فإنه يعتبر دليلا لإمضاء العقد، واختيار الملك؛ وذلك لأن تصرفه في المبيع إنما يدل على أنه تصرف فيه على صفة المالك؛ لأن التصرف في ملك غيره لا يجوز . وأما إذا كان التصرف في المبيع عن طريق الإذن لأجل التجربة أو التنقية فإن تصرفه هذا لا يعتبر من باب الإقدام على الاختيار.

وهذا الإقدام يعتبر اختياراً من حيث الدلالة لأن الأصل أن الإنسان لا يتصرف إلا في ملك نفسه، ومن هنا يعتبر تصرفه إمضاءً للعقد، وكذلك إجازة فيما يحتاج فيه إلى الإجازة.

والضابط بمفهومه يشير إلى أن الإعراض عن التصرف، أو الابتعاد عنه أو تركه عند التمكن منه أو السكوت عنه عند السؤال عنه لا يكون دليل اختيار الملك، وإنما يكون مظنة عدم الإمضاء والاختيار.

والضابط يشير أيضا إلى أن الإقدام على التصرف في مدة الخيار من قبل من له الخيار يعتبر نافذا صحيحا بناء على سبق ملكيته في المبيع وما في معناه.

ويشترط في الإقدام أن يكون من قبل من له الخيار وأما إذا كان الإقدام من قبل من ليس له الخيار فإنه يعتبر تعديا.

رابعاً: أقوال الفقهاء في صحة هذا الضابط:

اتفق الفقهاء في اعتبار هذا الضابط وصحته بناء على الإقدام على التصرف.

قال ابن قدامة في المغني(١): "فإن استغل المبيع أو عرضه على البيع، أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به، قبل علمه بالعيب، لم يسقط خياره، لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيباً. وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم.

قال ابن المنذر: كان الحسن وشريح، وعبد الله بن الحسن، وابن أبي ليلى، والثوري، وإسحاق،

(١) انظر: المغني (٦/ ٢٤٨).

=

وأصحاب الرأي، يقولون: "إذا اشترىٰ سلعة، فعرضها علىٰ البيع لزمته، وهذا أيضاً: قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً."[١]

وجاء في بدائع الصنائع ما مفهومه[٢]: "أما الدلالة فهي أن يتصرف صاحب الخيار في محل الخيار تصرف الملاك، كالبيع، والمساومة، والإجارة، والهبة، والرهن، سلم أو لم يسلم، لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك، أو تقرر الملك علىٰ اختلاف الأصلين وذلك دليل الإمضاء".

فهذه العبارات من الفقهاء تؤكد صحة القاعدة وأنها من الأصول المقررة لديهم.

والله أعلم بالصواب.

خامسا: الفروع المندرجة تحت الضابط:

يخرج علىٰ هذا الأصل مسائل كثيرة من باب الخيار، أذكر هنا جملة منها:

١-لو اشترىٰ جارية علىٰ الخيار، فإنها لا تدخل في ملك المشتري إذا كان الخيار له، ولا يحل له الوطء بدون الملك، فالإقدام علىٰ الوطء دليل اختيار الملك أي ملك الجارية.

ولو لمسها المشتري بشهوة سقط خياره، لأنه لا يحل بدون ملك[٣].

٢-**ومنها**: لو أعتق عبده الذي اشتراه علىٰ الخيار نفذ إعتاقه استحسانًا، والقياس لا ينفذ ذلك. وجه القياس ظاهر، لأنه أعتق مالا يملكه، ولا عتق في ما لا يملكه ابن آدم.

ووجه الاستحسان أن المشتري يملك إجازة هذا البيع، فإقدامه علىٰ الإعتاق إجازة له وتصحيحا لتصرفه وهذا لأن تصرف العاقل تجب صيانته عن الإلغاء ما أمكن ولا صحة لتصرفه إلا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض إلا بالإجازة فيقتضي الإعتاق إجازة هذا العقد سابقا عليه ومقارنا له تصحيحا له[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، وتحفة الفقهاء (٢/ ٧٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٧)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٢٤٨)، وجواهر الإكليل (٢/ ٥٣)، وشرح مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٢٩٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٨).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء: (٢/ ٦٨)، وبدائع الصنائع: (٧/ ١٨٨).

(٤) بدائع الصنائع: (٧/ ١٨٨).

٣-ومنها: لو تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفاً يختص الملك بطل خياره، ويثبت ملكه في المبيع.[١]

٤-ومنها: لو اشترى سيارة أو دابة بالخيار، ثم أعارها أو أركبها غيره فإنه يعتبر دليل اختيار الملك، بخلاف ما إذا اشتراها بالخيار ثم ركبها، لأن ركوب الدابة بعد الشراء يكون لمعرفة سيرها ولأن الركوب لا يختص الملك بل يراد لتجربة الملك.[٢]

٥-ومنها: لو جعل المبيع في الخيار مهراً أو بدل صلح أو بدل إجارة فإنه يعتبر دليل الاختيار.

والأصل في ذلك كل تصرف يخرج المبيع عن ملك المشتري يعتبر الإقدام عليه دليل الاختيار، ويثبت به الملك للمشتري.[٣]

هذه نماذج من الفروع الفقهية، وهي تلقي الضوء على معرفة تطبيقات الضابط ولمّ أشباهه ونظائره. والله ولي التوفيق.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٩).

(٣) انظر: رد المحتار (٤/ ١٢٦)، وتبيين الحقائق (٤/ ٦٤)، والشرح الكبير (٣/ ٧٤)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٧٤).

المبحث الخامس: قاعدة: الباطل لا يفيد ملك التصرف

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بناحية من نواحي الباطل من العقود وهي تتضمن أثر البطلان في إفادة الملك. وتحوىٰ في طياتها أيضاً جملة من الأحكام المترتبة علىٰ بطلان العقود.

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور تمثل ضابطا من ضوابط العقد الباطل، وهي بلفظها ذكرها ابن الهمام حيث قال: «ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه أي في البيع الباطل يكون أمانةً عند بعض المشائخ»[1] . وذكرها أيضاً أصحاب مجلة الأحكام العدلية: «المادة: البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا، فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍ لا يضمنه»[2] . وكذلك ذكرها الندوي في الموسوعة[3]، والقاعدة أشار إليها كثير من الفقهاء في كتبهم[4] .

وقد سبقت الإشارة إلىٰ هذه القاعدة عند بيان العقد الفاسد، ولما كانت قاعدة البطلان لها أثر في استعمال الملك والتصرف فيه أردت أن أفردها لبيان ما هو الأثر المترتب عليه، ولا سيما في ملكية التصرف[5] .

ثانيا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها.

أ-الباطل، وقد سبق بيانه في قاعدة : «**العقد الفاسد يفيد الملك عند القبض**» وهو ما لم يشرع لا بأصله و لا بوصفه[6].

---

(١) شرح فتح القدير: (٦/ ٣٧١-٣٧٠) .

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٠٧) .

(٣) موسوعة القواعد: (٢/ ١٠٠) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٩٧)، (٤/ ١٠٠)، وتبين الحقائق: (٤/ ٤٣)، والقواعد والفوائد الأصولية للبعلي: ص(١١٠)، ومعالم السنن للخطابي: (٦/ ٢٥٨) .

(٥) انظر: أثر البطلان في بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٥٤، ٧١) .

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٠)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٧٠) وما بعدها، ومجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦٦) .

=

ب-أسباب بطلان العقد:

هناك أسباب ذكرها الفقهاء لبطلان العقد، منها:

١-أسباب فساد العقد هي أسباب بطلان العقد عند جمهور الفقهاء[1].

وهي ترجع إلى الخلل الواقع في ركن من أركان العقد، أو شرط من شرائط الصحة أو لورود النهي عن الوصف الملازم أو الوصف المجاور عند الحنابلة[2].

٢-وأسباب بطلان عند الحنفية هو اختلال ركن البيع أو شرط من شروط الانعقاد. فإذا تخلف الركن أو شرط من شرائط الانعقاد كان البيع باطلا، ولا وجود له، لأنه لا وجود للتصرف إلا من الأهل في المحل حقيقة ويكون العقد فائت المعنى من كل وجهٍ إما لانعدام معنى التصرف، كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل[3].

ج- ملك التصرف:

المقصود بملك التصرف هو الملك المستفادة بالقبض[4]، والأصل في هذا الباب عند فقهاء الحنفية أن ملك التصرف يستفاد بالقبض، وملك المعين يستفاد بالعقد[5]، وعلى هذا فالقبض بعد تمام العقد يترتب عليه القدرة على التصرف، والعقد نفسه إذا تم صحيحا ترتب عليه أن المشتري يملك العين المبيعة، و لو لم يقبضها، والبائع يملك الثمن ولو لم يقبضه ولكن كليهما لا يستطيع التصرف قبل قبض البدل.

قال صاحب المبسوط: «وجه الاستحسان أن الإسلام يمنع القبض هنا، لأن هذا القبض مشابه بالعقد من حيث أنه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف، فكما أن الإسلام من أحدهم يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد»[6].

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٥٤)، ونهاية المحتاج: (٣/ ٤٢٩)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ١٤٥، ١٥٦، ١٥٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة- (٤/ ٢٢٩) وما بعدها.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٠-٢٩٩)، وتبيين الحقائق: (٤/ ٦٢)، والتلويح على التوضيح: (٢/ ١٢٦).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي: (٥/ ٤٢)،(١٣/ ٩، ٦٧).

(٥) انظر: المبسوط: ص(٩٨٣).

(٦) المبسوط: (١٣/ ٧٤).

=

وعلى هذا ملك التصرف يغاير عند الحنفية ملك العين، وهو الملك الذي يستفاد به التصرف في الأعيان وسببه القبض عند العقد[١].

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل على أن الأصل في العقد الباطل أنه لا يترتب عليه أثر، وأنه لا يفيد الحكم؛ لأنه لا وجود له إلا من حيث الصورة وهو منقوض من أساسه، ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه، فالعقد الباطل لا يفيد ملك العين، ولا ملك التصرف ولا ملك الانتفاع، و على هذا إذا قبض المشتري المبيع فإنه يعتبر أمانة عنده ولا يجوز له أن يتصرف فيه[٢].

وإذا وقع الباطل وحدث فيه تسليم شيء من أحد الطرفين وجب رده، لأن الباطل لا يفيد الملك بالقبض، ويجب على كل من الطرفين ردما أخذه إن كان باقياً[٣].

والقاعدة بمفهومها تدل على أن العقد الصحيح إذا تم أفاد ملك التصرف وملك العين، لأنه هو حكم العقد.

والقاعدة تفيد التفريق بين الباطل والفاسد، وبما أن القاعدة من ألفاظ فقهاء الحنفية فهي وردت وفق مذهبهم.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة وصحتها والعمل بها:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها في المذهب الأربعة[٤]:

إلا أن الفقهاء -رحمهم الله- اختلفوا فيما إذا تصرف المشتري في المبيع بيعاً باطلاً ببيع أو هبةٍ أو عتقٍ أو غير ذلك هل ينفذ تصرفه أم لا؟

اختلفوا على قولين:

القول الأول: لا ينفذ تصرفه، بل يعتبر تصرفه تعدياً. وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٥]

(١) انظر: المبسوط: (٥/ ٤٢)، وشرح فتح القدير: (٦/ ٣٨٦، ٤٠٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥) وشرح فتح الجليل: (٢/ ٥٧٢)، ونهاية المحتاج: (٣/ ٣٩٠-٣٨٩).

(٣) حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٥)، والقوانين الفقهية: ص(١٧٣-١٧٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣٠٥)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ١٠٥)، وحاشيةالدسوقي: (٤/ ٥٣)، ومنتهى الإرادات: (٢/ ١٩٠).

(٥) انظر: الفتاوى الخانية: (٢/ ١٣٣)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٧٢-٧١)، وحاشية الجمل على المنهج: (٣/ ٨٥-٨٤) والمغني: (٥/ ٢٥٥).

=

وذلك لأنه لم يملكه، فيكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتكون تصرفاته كتصرفات الغاصب ولذلك فإن هذا التصرف لا يمنع الرد لعدم نفوذه.

القول الثاني: إن التصرف في المبيع يعتبر مفوتاً، و ينتقل الحق فيه إلى الضمان وهذا مذهب المالكية[1].

الذي يظهر لي هو القول بعدم نفوذ تصرفه وذلك للأصل الذي بين أيدينا، ولأن الباطل كالمعدوم لا حكم له في الأصل، ولعل انتقال الضمان عند المالكية من باب الغصب لا من باب ملك التصرف، والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

هذه القاعدة تشتمل على مسائل فرعية في العقود الباطلة. أذكر هنا جملة منها:

١-لو بطل النكاح لأجل الصداق فلا يجوز للمرأة أن تتصرف فيه ولو قبضها، لأن القبض هنا أعني في العقد الباطل ليس بموجب ملك التصرف[2].

٢- ومنها: لو باَعَ المشتري المبيع الباطل لم يصح؛ لأنه بَاعَ ملك غيره بغير إذنه، وعلى المشتري رده على البائع الأول؛ لأنه مالك ولبائعه أخذه حيث وجد[3].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٧٤-٧١) والقوانين الفقهية: ص(١٧٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٥/ ٤٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٣٢٩).

المبحث السادس: قاعدة: تصرف الإنسان في ملكه بما يتعدى ضرره إلى جاره عدوان

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بمنع المضارة عند استعمال الأملاك والتصرف فيها، هي توحي إلى تقييد حرية الملكية الفردية، وهي قاعدة ثالثة في هذا الباب.

الأولى وردت ببيان أثر حرية المتصرف في ملكه بأنه لا يكون متعديا، ولا ضامنا.

الثانية وردت لبيان حرية تصرفه بأنه غير مقيد بشرط السلامة.

الثالثة وردت لتقييد تصرفه إذا ضمن تعدياً على الغير.

فالقاعدة مهمة جداً، وهي تصحح تصرف الإنسان المالك في ملكه و خالص حقه لكن بقيد وشرط وهو أن لا يتضرر بتصرفه غيره من الجيران. ودراسة القاعدة تكون من العناصر الآتية:

أولا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة بالصيغة المذكورة ذكرها صاحب المجلة الشرعية [١] و الندوي في الموسوعة [٢].

وقد وردت القاعدة بألفاظ متقاربة أخرى توحي إلى مضمون القاعدة أو مفهومها، منها: «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا إلا إذا أضر بغير ضررا فاحشاً»[٣].

وبلفظ: «**تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به سواه**»[٤]، وبلفظ: «**تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به الجار**»[٥].

وكذلك وردت القاعدة بلفظ: «**الجار يمنع من التصرف في ملكه بما يضر بجاره**»[٦].

و بلفظ: «**المالك لا يمنع من التصرف في ملكه**»[٧].

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية، مادة رقم: (١٤٤٦).

(٢) موسوعة القواعد للندوي: (٢/ ١٢١).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، (١/ ٦٥٧)، مادة رقم: (١١٩٧).

(٤) انظر: شرح الخاتمة: ص(٣١-٣٠).

(٥) مجامع الحقائق: ص(٣٦٧).

(٦) انظر: الإنصاف: (٥/ ٢٦٠).

(٧) انظر: كشاف القناع: (٤/ ١٢١).

=

وقد جاء في بدائع الصنائع تفصيل للمسألة: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة، وكذلك حكم الحق الثابت في المحل... للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى، فله أن يبني في ملكه مرحاضاً، أو حماماً، أو رحى، أو تنورا، وله أن يقعد في بنائه حدادًا أو قصارًا، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة [1] أو ديماساً [2]، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه، لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب للحديث، قال عليه الصلاة والسلام: «**لا يدخل الجنة من لا يؤمن جاره بوائقه**»[3]. ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار، لا يضمن، لأنه لا صنع منه في ملك الغير»[4]. وإليه أشار ابن الهمام: «والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً، لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً»[5].

وفي الكافي: «ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره نحو أن يبنيه حماماً بين الدور، أو مخبزا بين العطارين، أي يجعله داراً قصارة تهز الحيطان، أو يحفر بئراً تجتذب ماء بئر جاره»[6].

قال ابن قدامة في المغني: «وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره»[7].

---

(١) هي ثقب يعد لتصريف الماء. انظر: (المعجم الوسيط: (١/ ٦٩).

(٢) وهو: السرب المظلم. انظر: (١/ ٢٩٦).

(٣) الحديث أخرجه مسلم: (١/ ٦٨) في باب بيان تحريم إيذاء الجار من كتاب الإيمان.

(٤) بدائع الصنائع: (٦/ ٦٤).

(٥) انظر: شرح فتح القدير: (٧/ ٣٢٦).

(٦) الكافي: (٢/ ٢١٨).

(٧) المغني لابن قدامة: (٦/ ٥٢).

هذه العبارات من الفقهاء تشهد بوضع القاعدة وتأصيلها، وأنها من القواعد التي استمر عليها العمل عندهم .

ثانيا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

العدوان في اللغة و الاصطلاح:

العدوان في اللغة: «التجاوز عن الحد، مصــدر عدا يعدو»، يقال: «عدا الأمر يعدوه وتعداه: تجاوزه»، و«عدا على فلان عدْواً وعدوّاً وعدواناً وعداءً: أي ظلم ظلما جاوز فيه القدر»، وعدا في المشي عدواً، أي قارب الهرولة وهو دون الجرى»، ومنه: «العدوّ»، يقول العرب: فلان عدو فلان أي يعدو عليه بالمكروه ويظلمه»[١]، «فالعدوان» هو الظلم الصراح[٢] .

ويستعمل العدوان بمعنى السبيل أيضاً، كما قال تعالى: ﴿ﭼ ﯾ ﯾ ﺫ ﺫ﴾[٣] .

أي لا سبيل، ويقول القرطبي: «العدوان الإفراط في الظلم»[٤] .

وفي الاصطلاح: هو التعدي على النفس أو المال بغير حق مما يوجب القصاص أو الضمان[٥] .

فالعدوان على الأموال بالسرــقة أو الحرابة موجب للحد، وبالغصــب، والنهب والاختلاس والاحتيال ونحوها موجب للضــمان، والعدوان على الأعراض بالزنا أو القذف موجب للحد، وبما دون ذلك موجب للتعزير، ويتحقق من هذا أن العدوان على أربعة أنواع:

الأول: العدوان على النفس وما دونها.

الثاني: العدوان على الأموال أعياناً كانت أو أعراضاً.

الثالث: العدوان على المنافع.

الرابع: العدوان على الحقوق، ومن العدوان على الحقوق التصرــف في الملك بما يتضرــر به غيره

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(١٥١) .

(٢) انظر: مختار الصحاح: ص(١١٩) .

(٣)الآية: (١٩٣) من سورة البقرة .

(٤) انظر: تفسير القرطبي (٦/ ٤٧)

(٥) انظر: فتح القدير مع الهداية: (٨/ ٣٦٣)، ومواهب الجليل للحطاب: (٦/ ٢٤٠)، والزرقاني على مختصر خليل: (٨/ ٧)، وحاشية القليوبي: (٣/ ٢٦)

من الجيران، والشريعة الإسلامية تمنع هذا النوع من العدوان أيضاً مراعاة لمصلحة الآخرين، وإن كان الإنسان في خالص ملكه يستطيع أن يتصرف بها شاء وكيف شاء.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تنصب على أن تصرف الإنسان في ملكه لا يكون مطلقا وإنما يصح تصرفه مالم يتضرر به غيره، فإن كان تصرفه مؤدياً إلى الإضرار بالآخرين يعتبر تصرفه عدواناً يحتمل التضمين.

فالقاعدة تصحح تصرف الإنسان في خالص ملكه بقيد وهو أن لا يتضرر بتصرفه جاره، وهذه القاعدة مقيدة لقاعدة: **تصرف الإنسان في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة.**

والقاعدة بمفهومها العام تفيد أيضاً أن كل تصرف يتعدى ضرره إلى غيره يعتبر عدواناً وإن كان ذلك التصرف محقا، فعلى هذا حرية الإنسان في ملكه تتقيد بنفي المضارة.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج جملة من الفروع الفقهية تحت هذه القاعدة منها:

١-للإنسان أن يفعل في بيته ما يشاء بشرط أن لا يتعدى فعله حدود بيته، لا بالصوت، ولا بالرائحة ولا بالأذى.

فإذا اتخذ بيته مصبغة أو مستودعا للكيمياويات أو ورشة للدق والطرق فإن اشتكى جيرانه وتضرروا فللإمام والمسئولين منعه من ذلك، دفعاً للضرر عن الجيران، وهذا هو المعمول به والنظام السائد في أغلب المجتمعات.

٢-**ومنها**: ليس للجار أن يرتفع على جاره بالبناء، ويفتح عليه نوافذ تكشف جاره وتطلع على حرمه.

٣-**ومنها**: لو حفر بئرا في أرضه ليسحب ماء بئر جاره فليس له ذلك، ويجب منعه وردم بئره. [1]

٤- **ومنها**: لو أراد صاحب الدار أن يبني في داره اصطبلاً، أو حماماً عاماً أو تنوراً يمنع من ذلك لثبوت الضرر على الجيران.

٥-**ومنها**: ولو أراد أن يجعل في داره السكنى مصنعاً أو ورشة لتصليح السيارات وغيرها فإنه

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٥٢).

يمنع من ذلك لما فيه من الإيذاء الواضح والضرر البين على الآخرين.

٦-**ومنها**: لو كان لرجل علو بيت، ولآخر سفله فليس لصاحب العلو أن يبني في علوه بناء أو يتد وتداً إلا برضاء صاحب السفل إذا أضر ذلك بصاحب السفل.

كما ليس لصاحب السفل أن يهدم جداراً أو بناء في سفله إلا برضاء صاحب العلو؛ لأن ذلك قد يوهي البناء، فيضر بصاحب العلو.

٧-**ومنها**: ليس لأحد أن يحفر بالوعة قبل دار جاره[1].

(١) انظر: شرح فتح القدير (٥/ ٥٠٦).

المبحث السابع : قاعدة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بباب التصرف في ملك الغير، و الأصل في التصرف في ملك الغير هو المنع، فلا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه(١).

والقاعدة تعالج أحكام الأمر بالتصرف في ملك الغير، ومدى صحة أمر الآمر بذلك التصرف، وهي تنير لنا الطريق الموصل إلى الأصول المستقرة عند الفقهاء في التصرف في ملك الغير .

دراستها تأتي على الترتيب الذيل:

أولا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور من المواد الشرعية التي ذكرها أصحاب المجلة(٢).

وكذلك أوردها كثير من الفقهاء في كتبهم(٣).

وقد وردت بلفظ: «**التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية**»(٤).

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

معنى الأمر في اللغة والاصطلاح:

الأمر في اللغة: مصدر أمر يأمر أمر وإمارة (٥)، وهو يطلق على عدة معاني حقيقة على القول الصحيح(٦)، وجانب التحقيق والتوفيق من قال: إنه حقيقة في القول المخصوص و مجاز في غيره(٧)،

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/ ٨٥)

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٦١)، مادة: (٩٥) .

(٣) انظر: مجامع الحقائق: ص(٣٦٨) وشرح الخاتمة: ص(٢٢)، المدخل الفقهي العام : ص(٦٥٤) و الوجيز في إيضاح القواعد : ص(٣٢٨) وموسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٨١) .

(٤) انظر: الهداية شرح البداية: (٦/ ١٨٩)

(٥) انظر: القاموس المحيط: ص(٤٣٩)، ولسان العرب: (١/ ٢٠٥-٢٠٤)، والمعجم الوسيط: (١/ ٢٦) .

(٦) انظر: المعتمد: (١/ ٤٧-٤٥)، والبرهان لإمام الحرمين: (١/ ١٩٩)، والمستصفى للغزالي: (١/ ١٦٢)، والبحر المحيط للزركشي: (١/ ٣٤٣) .

(٧) انظر: كشف الأسرار للبخاري: (١/ ٢٤٥-٢٤٤)، وفواتح الرحموت: (١/ ٣٦٧)، والبحر المحيط للزركشي: (٢/ ٢٤٤)، الأحكام للآمدي: (٢/ ١٨٨) .

=

ومن تلك المعاني[١]:

١- الطلب الذي هو ضد النهي، ومنه قوله تعالى: ﴿ ۓ ۓ ﮈ ﮈ ﮉﮉ ﴾[٢].

٢- الشأن، ومنه قوله تعالى: ﴿ ئا ئا ئە ئە ئو ئو ئۇ ئۇ ئۆ ئۆ ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿ ﮈ ﮈ ﮉ ﮉ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈۈ ﴾[٤].

٣- الفعل، ومنه قوله تعالى: ﴿ ﯾ ﯾ □ □ ﴾[٥].

٤- الحال، ومنه قوله تعالى: ﴿ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﴾[٦].

٥- الحكم والقضاء والقدر، ومنه قوله تعالى: ﴿ ۓ ﮈ ﮈ ﮉ ﮉ ﴾[٧].

والمقصود من هذه المعاني هو المعنى الذي يفضي إلى الاستدعاء و الطلب و الاقتضاء والإيجاب.

الأمر في الاصطلاح: عرف بعدة تعريفات مختلفة المعاني والمسالك، منها:

١-هو استدعاء الفعل بالقول على جهة الاستعلاء[٨].

٢-هو اللفظ لطلب الفعل على سبيل الاستعلاء[٩].

٣-هو اللفظ الداعي إلى تحصيل الفعل بطريق العلو[١٠].

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن تصرف الإنسان في ملك الغير لا يكون كتصرفه في ملك نفسه بل يتقيد بإذن صاحبه، وكذلك الأمر بالتصرف في ملك الغير فإنه لا يجوز لأحد أن يأمر

---

(١) انظر: أصول السرخسي: (١/ ١٤)، كشف الأسرار: (١/ ١٠٧)، والمعتمد: (١/ ٤٩)، الأحكام للآمدي: (٢/ ١٤٢)، المستصفى: (١/ ٤١٧)، والمحصول: (١/ ٢٠١)، ومختصر خليل: ص(٩٨).

(٢) الآية: (١٣٢) من سورة طه.

(٣) الآية: (٨٢) من سورة يس.

(٤) الآية: (٧٧) من سورة النحل.

(٥) الآية: (٩٧) من سورة هود.

(٦) الآية: (١٢٨) من سورة آل عمران.

(٧) الآية (٣٨) من سورة الأحزاب.

(٨) انظر: روضة الناظر: (٢/ ٤٧)، وشرح مختصر الروضة: (٢/ ٣٤٨).

(٩) انظر: الوجيز في أصول الفقه: ص(٢٩٢).

(١٠) انظر: كشف الأسرار للبخاري: (٢/ ٢٤١).

بالتصرف في ملك الغير بدون وكالة و لا ولاية، فإذا أمر به إنسان بدون إذن من صاحبه يعتبر أمره باطلا ليس بحق.

والقاعدة تشير إلى أن التصرف في الملك يختص به صاحبه، ولا يجوز لأحد أن يزاحمه في التصرف في ملكه؛ لأن مقتضى الملك هو القدرة على التصرف فيه، ومنع غير المالك من التصرف بغير إذن منه.

ويفهم مدلول القاعدة أنه إذا أمر شخص آخر بالتصرف في ملك الآخر فالأمر غير صحيح، ولا معتبر، ولا يترتب عليه حكم من الأحكام؛ لأنه لما كان الأمر الباطل بمنزلة المشورة والنصيحة فلا يتعلق بحق الآمر حكم.

ولكن يشترط في بطلان الأمر ما يأتي:

١-أن يكون الأمر في ملك الغير فإن كان في ملك نفسه فأمره صحيح ولو ندم الآمر بعد أمره وطلب تضمين المأمور.

٢-أن لا يكون ولاية للآمر.

٣-أن يكون المأمور مكلفاً مختاراً، فإن كان المأمور مجبراً أو مكرهاً فلا يكون أمره باطلا لا يترتب عليه حكم.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المهمة في باب التصرف في ملك الغير، والقاعدة بالصفة المذكورة مما اتفق على اعتباره الفقهاء رحمهم الله.(١)

وعلى هذا الأصل خرج الفقهاء جميع تصرفات الفضولي ومن هو في معناه.(٢)

وهذه القاعدة مبنية على القاعدة الأخرى وهي: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا

---

(١) انظر: الهداية (٦/ ١٨٩)، وبدائع الصنائع (٧/ ٢٣٦)، والإنصاف على مسائل الخلاف (٢/ ١٨٢)، والشرح الكبير (٤/ ٢٤٦)، والمهذب (٢/ ١٨٩)، وروضة الطالبين (٧/ ٢٠ وما بعدها) والحاوي الكبير (١٢/ ٧١ وما بعدها)، والمغني لابن قدامة (١١/ ٥٩٧ وما بعدها).

(٢) انظر: تبيين الحقائق ((٤/ ١٠٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٣٥)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٢)، والفروق للقرافي (٣/ ٢٤٤)، وكشاف القناع (٣/ ١٥٧).

=

إذنه، وهي أيضاً من القواعد العامة التي تلقاها العلماء بالقبول والصحة.[١]

ولأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، فأشبه تصرف الفضولي ولأن الأمر هنا يعتبر بمنزلة المشورة والنصيحة فلا يترتب عليه حكم.[٢]

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

القاعدة تشتمل على مسائل فرعية كثيرة منها:

١-لو أمر شخص آخر بأن يأخذ مال إنسان أو يلقيه في البحر أو يحرق لباس أحد أو يذبح شاة فالضمان على الفاعل دون الآمر، ويكون أمره باطلا لايتعلق به حكم.

٢-**ومنها:** لو أمر إنسان بناءً بفتح باب في حائط، وفعل الرجل ثم علم بإن الحائط ليست للآمر، فالضمان على المأمور، وليس له أن يرجع به على الآمر[٣].

٣-**ومنها:** لو قال رجل آخر: أعتق عبدك فأعتقه، صح عتقه، والأمر الصادر من الآمر باطل ولا يصح للمعتق أن يرجع على الآمر بعوض الإعتاق، لأن تصرفه في ملك الغير باطل.

٤-**ومنها:** لو أمر رجل ولده بأن يتلف مال إنسان فأتلفه.

فالضمان يترتب بحق المتلف، ولا يترتب بحق الأب الآمر.[٤] و هذا إذا كان الولد ممن يترتب عليه الحكم.

٥-**ومنها:** لو أمر رجلاً أن يحفر بئراً في ملك رجل آخر، فحفره بغير إذن صاحبه فإنه يعتبر عدواناً من قبل الحافر.[٥]

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٥).

(٢) انظر: المصدر السابق (١/ ٨٤).

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (١/ ٨٤).

(٤) انظر: درر الحكام ((١/ ٨٤).

(٥) انظر: الوسيط (٦/ ٣٥٨)، وروضة الطالبين (٩/ ٣١٧).

المبحث الثامن : قاعدة: المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر.

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بباب الوكالة، وهي تشتمل على مدى صحة تصرف الوكيل إذا كان متعديا عن مو ضع الوكالة، كما أنها تلقي الـ ضوء على ما يملك المتـ صرف بحكم الآمر وما لا يملكه. تفصيل الكلام على القاعدة يتكون من النقاط الآتية:

أو لا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها و ألفاظها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الكاساني في البدائع الصنائع [١] والندوي في موسوعته [٢]، ولها ألفاظ أخرى متقاربة: وقد وردت بلفظ: «**تصرُف المأمور إذا خالف أمر الآمر لا ينفذ**»[٣]، وكذلك بلفظ: «**تصرف المأذون معتبر بتصرف الآذن**»[٤].

وبلفظ آخر: «**لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف**»[٥] وهناك عبارات من الفقهاء تدل على تأصيل القاعدة ومدلولها، منها ما جاء في بدائع الصنائع[٦]: والوكيل بالقبض إذا أراد أن يوكل غيره، هذا على وجهين:

إما إن كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي أو نحو ذلك .

وإما إن كانت خاصة بأن لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض. فإن كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض؛ لأن الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومه.

وإن كانت خاصة؛ فليس له أن يوكل غيره بالقبض لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إليه فإن فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين؛ لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء، فإن وصل إلى يد الوكيل الأول برئ الغريم؛ لأنه وصل إلى

---

(١) بدائع الصنائع: (٦/ ٢٦) .

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٣٦) .

(٣) انظر: شرح الزيادات: ص(٧٣٢) .

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي : (٢٥/ ٣٨) .

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٢٤٣) .

(٦) بدائع الصنائع:(٦/ ٢٦) .

يد من هو نائب الموكل في القبض، وإن هلك في يده قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ضمن القابض للغريم؛ لأن قبضه بجهة ا ستيفاء الدين والقبض بجهة ا ستيفاء الدين قبض بجهة المبادلة» . وتشهد لأصل القاعدة الفروع المخرجة عليها أيضاً.

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة ومايتعلق بها:

المقصود بالمتصرف بحكم الآمر: هو الذي يتصرف في ملك غيره بأمر أو إذن من صاحب الملك مثل الذي يتصرف عن طريق الوكالة أو الإذن أو نحو ذلك.

والمتصرف بحكم الآمر هو المأمور في التصرف، وهو يشمل كلا من هؤلاء.

١-العبد المأذون له الذي يتصرف بإذن من سيده.

٢-المأمور المطلق بفعل ما من جهة صاحب الملك.

٣-الوكيل الذي يتصرف في ملك غيره على وجه التوكيل.

٤-الفضولي إذا لحقته الإجازة، لأن الإجازة اللاحقة في الحكم كالوكالة السابقة[1].

٥-الرسول إذا كانت الرسالة من قبيل الوكالة[2].

٦-السمسار إذا كان بإذن من صاحب الملك.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن المأمور بالتصرف في ملك الغير سواء كان وكيلا أو مأذونا أو مأمورا مطلقا لا يجوز له أن يتعدى عن موضع الوكالة والأمر؛ لأن تصرفه يتقيد بما أذن له فيه وليس له أن يخالف الأمر الذي صدر الإذن لأجله، وهو لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل أو أمر الآمر.

والقاعدة بمفهومها العام تدل على أن مقتضى الوكالة في التصرف هو أن يتصرف الوكليل فيما وكل فيه وذلك لأن تصرفه بالإذن والوكالة فاختص بما أذن فيه وهي تشير إلى أن تصرف المأمور لا يكون كتصرف صاحب الملك بل تصرفه يتقيد بالإذن وهو الأصل في باب الوكالة؛ لأن تصرفه هو التصرف المستفاد من الإذن فالأولى تقييده.

---

(١) انظر: شرح المجلة: (٢/ ٧٧١) .

(٢) انظر: المصدر السابق: (٢/ ٧٧٢) .

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

اتفق الفقهاء على اعتبار هذه القاعدة وصحتها.

وعلى هذا فإذا قيد الموكل وكيله بقيود معينة وجب عليه أن يلتزم بها عند تنفيذ الوكالة باتفاق الفقهاء ولا يجوز له أن يتعدى موضع الأمر.

قال الحنفية(١): التوكيل بالبيع إن كان مقيداً يراعى فيه القيد بالإجماع، حتى إنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته، إلا أن يكون خلافه إلى خير، لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيلي من التصرف قدر ما ولاه.

وقال المالكية(٢): إذا زاد الوكيل في البيع أو نقص في الشراء فلا خيار لموكله فيهما لأن هذا مما يرغب فيه، وليس مطلق المخالفة توجب خياراً وإنما توجبه مخالفة يتعلق بها غرض صحيح.

وقال الشافعية(٣): لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف.

فإن وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف.

وإن وكله في البيع في مكان فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يجز البيع في غيره.

وقال الحنابلة: لا بملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف تارة أخرى.

وقالوا: كل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي.(٤) ومن خلال أقوال المذاهب الفقهية يتبين أن القاعدة من القواعد التي حصل اتفاق الفقهاء عليها، و أن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧).

(٢) انظر: شرح الزرقاني (٦/ ٨١)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٣٨٥).

(٣) انظر: المهذب (١/ ٣٥٢-٣٥٠).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (١٣/ ٥٢٠).

الخلاف في تطبيقاتها لا يؤثر في تأصيلها و الله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

هذه القاعدة تشمل جملة من المسائل الفقهية من باب التصرف بالوكالة والإذن منها:

١-لو وكل رجلا على أن يقبض الدين للموكل من إنسان معين أو في بلد معين فليس له أن يأخذ عوضاً عن الدين؛ لأنه لا يملك أن يتعدى إلى غيره[١].

٢-ومنها: لو زاد الوكيل بالبيع كأن قال له الموكل: بع بعشرة فباع بأكثر ، أو نقص في الشراء كان قال له اشتر بعشرة فاشترى بأقل، فلا خيار لموكله فيهما، ولا يعتبر هذا تعدياً من المتصرف بحكم الآمر، لأن هذا مما يرغب فيه، فكأنه مأذون له فيه، وليست هذه المخالفة موجبة للخيار.[٢]

٣-ومنها: لو أمر الموكل الوكيل بأن يبيع السلعة نسيئة بثمن محدد، فخالف، وباعها نقداً بثمن أقل فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يجوز هذا البيع. وهذا مذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤] والحنابلة.[٥]

وذلك لأن الإذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة فإذا باع بالأقل لم يجز البيع لمخالفة الوكيل مقصوداً الموكل وما سمي له.

القول الثاني: إن البيع يكون موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ في حقه، ولزمه، وإلا لم يلزمه، وله رد السلعة إن كانت قائمة، وقيمتها إن فاتت عند المشتري بحوالة السوق فأعلى.

هذا لم يسم. فإن سمى الموكل الثمن وفاتت فله تغريم الوكيل تمام التسمية، ولكن إذا تحمل الوكيل النقص في الثمن فلا خيار للموكل لإزالته المخالفة.[٦]

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (٦/ ٢٦-٢٥) .

(٢) انظر: شرح الزرقاني (٦/ ٨١)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٨٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٩/ ٥٦).

(٤) انظر: المهذب (١/ ٣٦١)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٧٣).

(٥) انظر: المبدع (٤/ ٣٧١).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣٨٤).

=

٤-ومنها: لو أمر الموكل وكيله بأن يبيع له سـلعة معينة بجنس معين من الثمن، فيبيعها بجنس آخر منه كما لو أمره بأن بيعها بالدنانير فباعها بالدراهم أو بالعروض فما هو الحكم؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه لا يجوز البيع وإن كان قيمة ذلك أكثر، لمخالفة الوكيل ما أمر به موكله.

هذا مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، وبه قال القاضي من الحنابلة.(٣)

وذلك لأن الإذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر.

القول الثاني: إن قال الموكل: بعه بدرهم فباعه الوكيل بدينار أو العكس صح البيع.

وهذا مذهب الحنابلة(٤)، وذلك لأنه مأذون فيه عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي بمكانه بدينار.

القول الثالث: هو التفصـيل في تخيير الموكل، وإمضـاء البيع، وهذا بشرط أن يكون نقد البلد والسلعة مما تباع بهما واستوت قيمة الذهب والدراهم، وإلا خير قولاً واحداً.

وهذا مذهب المالكية(٥)، وبه قال الكا ساني من فقهاء الحنفية إلا أنه قال: إن البيع موقوف، ويخير الموكل بين الإمضاء والفسخ.(٦)

الذي يظهر لي هو القول باعتبار العرف، وهو صحة البيع.

وذلك لأن العادة محكمة، ولأن الإذن عرفاً كالإذن نطقاً.

والله أعلم بالصواب.

٥-ومنها: لو أكره أن يبيع بالدراهم والدنانير فباعه بالثياب أو غيرها من العروض فلا يصـح البيع باتفاق الفقهاء.(٧)

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧)، والفتاوى الهندية (٣/ ٥٩٠).

(٢) انظر: المهذب (١/ ٣٦٠).

(٣) انظر: الإنصاف (٥/ ٣٨٢).

(٤) انظر: المبدع (٤/ ٣٧٠)، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٥/ ٢٥٧)، والإنصاف (٥/ ٣٨٢).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣٨٦)، وشرح الزرقاني (٦/ ٨١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧).

(٧) انظر: بدائع الصـنائع (٦/ ٢٧)، والفتاوى الهندية (٣/ ٥٩٠)، وشرح الزرقاني (٦/ ٨٠)، وحاشـية الخرشي =

لأن العروض من غير جنس الأثمان، ولأن هذه المخالفة تعتبر تعدياً في الإذن. والله أعلم بالصواب.

والقاعدة تشتمل على فروع فقهية كثيرة، هذه الأمثلة تنير لنا الطريق إلى معرفة أشباهها ونظائرها. والله ولي التوفيق.

(٦/ ٧٤)، والمهذب (١/ ٣٦٠)، والإنصاف (٥/ ٣٨٢).

المبحث التاسع: قاعدة: كل ما ملك بعقدٍ سوى المبيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالتصرف في الأملاك، والقاعدة تُعالج بأسرها مسائل التصرف في الملك قبل ثبوت اليد عليه، وهي متضمنة أيضاً لأحكام ثبوت الملك في المبيع وغيره قبل القبض.

والقاعدة لها أهمية بالغة في بابها.

دراستها تأتي على الوجه المذيل:

أولاً:الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها:

القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الإمام البعلي[1] في الاختيارات[2] وكذلك ذكرها الندوي في الموسوعة[3].

وقد أشار إليها كثير من الفقهاء في كتبهم[4]، وهناك عبارات تشهد لأصل القاعدة ووضعها:

جاء في المحرر: «من اشترى شيئا بكيل أو وزن أو عدد أو ذرع كشراء قفير من صبرة وثوب على أنه عشرة أذرع وقطيع كل شاة بدرهم ونحوه لم يجز تصرفه فيه قبل استيفائه، بذلك فإن تقابضاه جزافا لعلمهما بقدره جاز إلا في المكيل فإنه على روايتين فإن تلف عند البائع بأمر سماوي انفسخ العقد فيه وتلف من ضمانه، وإن تلف بعضه انفسخ في قدره وخير المشتري الباقي وإن اختلط بغيره ولم يتميز ففي الانفساخ وجهان، وإن أتلفه البائع أو غيره فللمشتري فسخ ثمنه وله الإمضاء وأخذ القيمة من متلفه، وكذلك حكم ما اشتراه بصفة أو رؤية متقدمة وما عدا ذلك فعنه أن حكمه كذلك، وعنه أن تصرف المشتري فيه جائز قبل القبض، وإن تلف فمن ضمانه وهو المشهور، وعنه أن صبر

---

(١) البعلي: وهو أبو الحسن علاء الدين علي بن محمد بن علي بن عباس البعلي الشهير بابن اللحام الحنبلي ولد سنة (٧٥٢) توفي سنه (٨٠٣) . انظر: السحب الوابلة: (٢/ ٧٢٩-٧٢٨).

(٢) الاختيارات للبعلي: ص(١٢٧) .

(٣) موسوعة القواعد للندوي: (٢/ ٣٣٥) .

(٤) انظر: المنتقى للباجي: (٤/ ٢٨٠)، وبداية المجتهد: (٢/ ١٢١)، وروضة الطالبين: (٣/ ٥٠٨)، وطرح التثريب: (٦/ ١١٦).

=

المكيل والموزون خاصة كبيعهما كيلا ووزنا»[١].

قال ابن قدامة: «وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض، لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا. والأجرة وبدل الصلح إذا كانا من الكيل أو الموزون أو المعدود وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف.

لأن المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر لانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزا من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع، فجاز العقد عليه...

وأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه؛ لأن غير مضمون بعقد معاوضة، فهو كالمبيع المقبوض»[٢].

وقال أيضاً: «حكم الصداق حكم البيع في أن ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه وقال القاضي وأصحابه ما كان متعينا فلها التصرف فيه وما لم يكن متعينا كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع»[٣].

ثانيًا: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

قولهم: كل ما ملك بعقد سوى المبيع:

هو المملوك بغير البيع والشراء، ويدخل فيه جميع عقود المعاوضات غير المحضة، منها:

١-بدل الخلع.

٢-العتق على مال.

٣-بدل الصلح عن دم العمد.

٤-أرش الجناية.

٥-قيمة المتلف.

---

(١) المحرر: (١/ ٣٢٣).

(٢) المغني لا بن قدامة: (٦/ ١٩١).

(٣) المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٢٩-١٢٨)، وكشاف القناع: (٣/ ٢٤٤).

٦-الأجرة إذا كانت من المكيلات والموزونات والمعدودات .

٧-بدل الصلح .

٨-مال التركة .

٩-الغنيمة إذا تعين فيها الملك .

١٠-الموصىٰ به .

١١-الصداق إذا لم يتعلق به حق توفية.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تدل علىٰ أن المملوك بسبب من عقود المعاوضات غير المحضة يجوز التصرف فيه قبل قبضه، ولا يتوقف تصرف صاحب الملك علىٰ قبض المملوك، لأن الحق إذا تعين في المعاوضات غير المحضة جاز لصاحب الحق أن يتصرف فيه، لأنه تصرف في ملكه وقد تعين ذلك، وهذا لا يكون علىٰ هذا الإطلاق عند الفقهاء كما يأتي بيان ذلك عند اعتبار القاعدة وصحة العمل بها.

والقاعدة بمفهومها تشير إلىٰ أن المملوك عن طريق المعاوضات المحضة لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، بل التصرف فيه قبل القبض يعتبر غير صحيح؛ لأنه تصرف في ملك الغير بلاحق وهذا لا يجوز.

ويشترط للتصرف في الأشياء المملوكة عن طريق العقود سوىٰ البيع ما يأتي:

الأول: أن لا يقبل العقد الانفساخ بسبب هلاك المعقود عليه قبل القبض مثل عقد النكاح.

الثاني: أن يتعين الملك فيه بمجرد العقد أو بالسبب.

الثالث: أن لا يتعلق به حق التوفية.

الرابع: أن لا يكون ذلك مما ثبت في الذمة[1].

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

اعتبار هذه القاعدة وصحتها تعتمد علىٰ مسألتين مهمتين هما:

المسألة الأولى: هل يجوز التصرف فيما ملك بغير الشراء قبل قبضه أم لا؟ وهذه المسألة تباشر اعتبار هذه القاعدة وصحتها.

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب: (٩/ ٢٦٥) وما بعدها .

اختلف الفقهاء في المسألة، وذهبوا إلى تفصيلات يمكن بيانها على المذاهب التالية:

المذهب الأول: كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

هذا مذهب الحنفية.[١]

وبناء على هذا المذهب يجوز التصرف قبل القبض في المهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد ونحو ذلك.

المذهب الثاني: العقود على ضربين: معاوضة، وغير معاوضة.

كل ما ملك بعقد ليس فيها معاوضة كالقرض يجوز التصرف فيه قبل القبض مطلقاً، وكل ما ملك بعقد فيه معاوضة، فإن ملك بما يختص بالمغابنة والمكايسة كالبيع ونحوه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه إن كان طعاماً فيه حق توفيه، كيلا يفضي إلى بيع العينة.

وإن ملك بعقد يتردد بين قصد الرفق والمغابنة، فإن وقع على وجه الرفق يجوز التصرف فيه وإن وقع على وجه المغابنة كان حكمه حكم ما يختص بقصد المغابنة، وهذا مذهب المالكية.[٢]

المذهب الثالث: إن الأعيان المستحقة للإنسان عند غيره ضربان: أمانة ومضمونة.

فالأمانة يجوز للمالك أن يتصرف فيها قبل قبضها؛ لأن ملكه فيها تام.

والمضمون نوعان:

الأول: المضمون بالقيمة: ويسمى ضمان اليد، يجوز التصرف فيه قبل قبضه لتمام الملك فيه.

والثاني: المضمون بعوض في عقد معاوضة، ويسمى ضمان العقد، ولا يجوز التصرف فيه قبل قبضه؛ لأن الملك فيه غير تام.

وهذا مذهب الشافعية.[٣]

المذهب الرابع: كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٨٠)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٧).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/ ١٢١)، والمنتقى للباجي (٤/ ٢٨٠ وما بعدها).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٦٥ وما بعدها)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٠٨ وما بعدها).

القبض إذا كان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.

وكذا ما لا ينفسخ العقد بهلاكه إذا احتاج لتوفية وأما ما ليس فيه حق توفية فيجوز التصرف فيه قبل القبض.

وكذلك كل ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز التصرف فيه قبل القبض، لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فملكه غير تام ولا يتوهم غرر الفسخ فيه.

وأما كان قبضه شرطاً لصحة عقده فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض لأنه لم يتم الملك فيه فأشبه التصرف في ملك غيره.

وهذا مذهب الحنابلة.(١)

ومن خلال هذه المذاهب يتبين لنا أن جواز التصرف يتعلق فيما لا يتعلق به حق توفية، ولذلك كل ما ملك بغير العقد مثل: بإرث أو وصية أو غنيمة فإنه يجوز التصرف فيه قبل القبض.

فالقاعدة بهذا الاعتبار من القواعد الصحيحة المعتبرة لدى الفقهاء .

والله أعلم بالصواب.

المسألة الثانية: أي نوع من أنواع التصرفات يجوز لصاحب الملك أن يتصرف في ملكه قبل قبضه؟

ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة، والصدقة، والإقراض، والرهن، والإعارة، والوصية، والعتق، والتدبير، والاستيلاد، والتزويج، أما إجارته فلا تجوز مطلقاً.

وهذا مذهب الحنفية.(٢)

الاتجاه الثاني: يجوز التصرف قبل قبضه بسائر التصرفات إن لم يكن مطعوماً، أو كان مطعوماً ولكن ليس فيه حق توفية، أما الطعام الذي يكون فيه حق توفية فلا يجوز التصرف فيه بأي عقود المعاوضة قبل قبضه، أما بغير المعاوضة كهبة، وصدقة، وقرض، فيجوز التصرف فيه بقبض.

---

(١) انظر: المغني (٦/ ١٩٦)، (١٠/ ١٢٨ – ١٢٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٩٠،١٨٩)، وكشاف القناع (٣/ ٢٣٣).

(٢) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٠)، وشرح المجلة للأتاسي (٢/ ١٧٣).

=

وهذا مذهب المالكية.[١]

الاتجاه الثالث: وهو أنه لا يجوز التصرف قبل القبض بأي نوع من أنواع التصرفات كالإجارة والكتابة والهبة والرهن والإقراض، أو جعله صداقاً أو أجرة، أو عوضاً في صلح أو رأس مال السلم ونحوها، وذلك لضعف الملك إلا العتق والتدبير والاستيلاد والقسمة والوقف، فيجوز ذلك قبل القبض.

وهذا مذهب الشافعية.[٢]

الاتجاه الرابع: وهو أن ما اشترىٰ من المقدرات بكيل أو وزن أو غيرها لا يجوز التصرف فيه قبل القبض بإجارة ولا هبة ولا رهن ولا حوالة.

أما ما اشتري جزافاً من غير تقدير فيجوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقاً.

وهذا مذهب الحنابلة.[٣]

هذا كله في غير البيع، وأما البيع وما في معناه من عقود المعاوضة المحضة فالتصرف به في الملك قبل القبض علىٰ خلاف كما هو في المسألة الأولىٰ. والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تنطبق علىٰ هذه القاعدة فروع فقهية كثيرة، اذكر هنا جملة منها:

١-بدل الخلع، يجوز التصرف فيه قبل قبضه.[٤]

٢-ومنها: الصداق إذا لم يتعلق به حق توفية.[٥]

---

(١) انظر: الفروق للقرافي (٣/ ٢٧٩)، المنتقىٰ للباجي (٤/ ٢٨٢).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب للنووي (٩/ ٢٦٤)، ومغني المحتاج (٢/ ٦٩)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٠٦).

(٣) انظر: كشاف القناع (٣/ ٢٣٠)، وشرح منتهىٰ الإرادات (٢/ ١٨٧)، والمغني لابن قدامة (١٠/ ١٢٩-١٢٨).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، والشرح الصغير (٢/ ٢٩٨)، وشرح الخرشي (٤/ ٢٢)، وروضة الطالبين (٧/ ٣٩٩)، والكافي (٣/ ١٥٦)، ط. المكتب الإسلامي.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٣٣٢)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٢٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٠)، وكشاف القناع (٥/ ١٤١-١٤٠).

=

٣-ومنها: الغنمية إذا تعين فيها الملك.[١]

٤-ومنها: القرض هل يجوز التصرف فيه قبل القبض أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة علىٰ قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز له التصرف قبل القبض، بل القبض شرط بنقل الملك في القرض.

وهذا مذهب الحنفية[٢]، والشافعية في الأصح[٣]، والحنابلة[٤].

لأن المستقرض لا يتم ملكه قبل القبض، فلا يجوز له التصرف فيه.

وذلك لأن المقترض إنما يملك المال المقرض بالقبض.[٥]

القول الثاني: إنه يجوز له التصرف في القرض قبل القبض.

وهذا مذهب المالكية[٦]، وقول أبي يوسف من الحنفية[٧]، وقول للشافعية[٨].

وذلك لأن المقترض يملك المال المقرض ملكاً تاماً بالعقد، وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويقضىٰ له به، فيجوز تصرفه فيه.[٩] والله أعلم بالصواب.

٥-ومنها: مال التركة، يجوز التصرف فيه قبل قبضه.[١٠]

٦-ومنها: الصداق المعين كالعبد والدار والماشية وما شابه ذلك إذا كان محدداً بذاته في عقد النكاح الصحيح هل يجوز للزوجة التصرف فيه قبل القبض أم لا؟

---

(١) انظر: شرح منح الجليل (١/ ٧٤٥)، وحاشية القليوبي وعميرة (٢/ ٢١٣)، وكشاف القناع (٣/ ٩١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٤)، وحاشية الحموي علىٰ الأشباه (٢/ ٢٠٤).

(٣) انظر: المهذب (١/ ٣١٠)، وفتح العزيز (٩/ ٣٩١)، ومغني المحتاج (٢/ ١٢٠).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٢٥٧)، والمحرر (١/ ٣٣٤)، ومنتهىٰ الإرادات (١/ ٣٩٧).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٤).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٦)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٨٨).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٦).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٥)، وفتح العزيز (٩/ ٣٩١)، ومغني المحتاج (٢/ ١٢٠).

(٩) سبقت الإشارة إلىٰ المسألة في أسباب الملك.

(١٠) انظر: كشاف القناع (٣/ ٢٣٣)، وشرح منتهىٰ الإرادات (٢/ ١٩٠،١٨٩).

=

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: يجوز لها أن تتصرف فيه قبل القبض، لأنها ملكته بمجرد العقد.

وهذا مذهب المالكية[١] والحنابلة.[٢]

وذلك لأن الملك يتم في الأشياء المعينة بالعقد، فيجوز التصرف فيه بعده.

القول الثاني: لا يجوز لها أن تتصرف قبل القبض وهذا مذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤].

الذي يظهر لي هو القول بأنه يجوز لها التصرف فيه، وذلك لأن تعيينه مهراً للزوجة في عقد النكاح الصحيح يعتبر ناقلاً لضمانه من الزوج إليها، ومما يعلم بداهة أن الضمان من توابع الملك، فيتعين ملكها في الصداق المعين. والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/ ١١٩ وما بعدها)، والشرح الصغير (٢/ ٢٣٨).

(٢) انظر: الإنصاف (٨/ ٢٥٣)، وكشاف القناع (٥/ ١٦٤-١٦٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٦-٢٩٥)، والنهاية شرح الهداية (٤/ ٢١٩ وما بعدها).

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٢/ ١٥٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٠).

المبحث العاشر: ضابط: من تصرف بلا إذنٍ ولا ملكٍ له ثم تبين أنه كان مالكا أو وكيلا صح تصرفه

هذا الضابط من الضوابط المهمة في باب التصرف، وهو يتعلق بتصرف الفضولي إذا صادف الملك أو الولاية أو الوكالة فهل يصح ذلك التصرف أم لا يصح؟

كما أن الضابط يتضمن أفق توسع الإسلام في تصحيح معاملات الناس، والضابط له أثر كبير، ودور فعال في باب التصرفات.

يأتي الكلام على تفصيل الضابط حسب الترتيب المذيل:

أولا: الكلام على أصل الضابط ووضعه:

هذا الضابط بالصيغة المذكورة ذكره الشيخ عبد الرحمن السعدي في المأمول [1]. وكذلك ذكره الندوي في الموسوعة[2].

وقد ورد الضابط عند الإمام ابن رجب بلفظ: «**من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه هل يصح تصرفه؟**»[3].

والأصل أن الضابط متفرع على القاعدة المشهورة لدى الفقهاء: «**لا عبرة بالظن البين خطؤه**»[4].

قال النووي في روضة الطالبين[5]: لو باع مال أبيه على ظن أنه حي وهو فضولي، فبان ميتا حينئذ، وأنه ملك العاقد فقولان: أظهرهما أن البيع صحيح لصدوره من مالك، والثاني البطلان؛ لأنه في معنى المعلق بموته، ولأنه كالغالب» .

وقد جاء تفصيل حسن في القاعد عند الإمام ابن رجب: «من أتلف مال غيره و هو يظن أنه له

(١) المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول للشيخ السعدي: ص(١٥٠) .

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٧٣) .

(٣) القواعد لابن رجب: ص(١١١)، قاعدة رقم: (٦٥) .

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(١٦١)، وشرح الخاتمة: ص(٦٤)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة: (٧٢)، والمدخل الفقهي العام: ص(٥٨٤)، والمنثور في القواعد: (٣/ ٣١٠)، وكتاب القواعد للحصيني: (٢/ ٣٥٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١٥٧) .

(٥) روضة الطالبين: (٣/ ٢٣-٢٢).

أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم تبين خطأ ظنه، فإن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب وإن كان مستندا إلى اجتهاد مجرد، كمن دفع مالا تحت يده إلى من يظن أنه مالكه أو أنه يجب الدفع إليه أو أنه يجوز ذلك، أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراجه لحق الله إلى من يظنه مستحقا ثم تبينه الخطأ ففي ضمانه قولان: وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه، ولم يتبين أن الأمر بخلافه، فإن تعلق به حكم، فنقص فالضمان على المتلف وإلا فلا ضمان...»[١].

ثانياً: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط باللفظ المذكور تدل على أن التصرف في ملك الغير من غير إذن صاحبه وبدون ثبوت الملك عليه إذا صادف الإذن أو الملك يعتبر صحيحا ونافذاً. وذلك مثل تصرف الفضولي ومن هو في معناه إذا تصرف في ملك الغير ثم تبين أنه مالكه أو وكيله صح تصرفه.

وعلى هذا تصرف الإنسان في ملك الغير بناء على الظن أو الوهم لا يجوز بغير خلاف بين الفقهاء[٢]، لأن الأصل أن لا عبرة بالظن البين خطؤه، ولكن هذا التصرف ينقلب صحيحا إذا ثبت له الملك وتبين أن هذا الشيء الذي تصرف فيه كان يملكه عند ما تصرف و ذلك لأن التصرف لم يقع في ملك الغير، وإنما وقع في ملكه أو فيما ولي فيه فيكون تصرفه صحيحا نافذا.

والضابط بمفهومه يدل على أن تصرف الإنسان في شيء بناءً على الظن والوهم لا يجوز كما أن تصرفه في ملك الغير بدون إذنه لا يجوز، وذلك لأن التصرف في ملك الغير بغير إذنه إما باطل أو موقوف، لأنه تعد على ملك الغير، والأصل في هذا: «**لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير أو حقه بلا إذن ولا ولاية في مال أو غيره**»[٣].

ثالثاً: أقوال العلماء في اعتبار هذا الضابط:

هذا الضابط يتعلق بصحة التصرف وبطلانه، وهو يتعلق أيضاً بتصرف الفضولي، لأن تصرف

---

(١) القواعد لابن رجب: ص(٢٠٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(١٦١)، وللسيوطي: ص(١٥٧)،والمنثور في القواعد: (٣/ ٣١٠)، والقواعد لابن رجب: ص(١١١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٨٣)،وشرح الخاتمة: ص(٧٣)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (٩٦).

الفضــولي هو أن يتصرــف في حق الغير بغير إذن شرعي كالولاية والوكالة وغيرها، كالغاصــب إذا تصرف في المغصوب بالبيع أو غيره، والوكيل إذا باع أو اشترىٰ أو تصرف مخالفاً لما أمره به موكله.

ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الضابط علىٰ قولين:

القول الأول: هو اعتبار هذا الضابط بأنه صحيح يجوز العمل به عند التطبيق عليه، وهذا مذهب الجمهور من الفقهاء .[١]

واعتمدوا علىٰ الحكم في تصرفات الفضولي.

القول الثاني: إنه لا يصح تصرفه، ولا اعتبار لهذا الضابط بهذا الإطلاق.

وهو مذهب الحنابلة[٢]، ووجه للشافعية.

قال الزركشي- في المنثور[٣]: "إن ما يتوقف علىٰ تبيين وانكشـاف سـابق علىٰ العقد فهو الصـحيح كبيع مال أبيه علىٰ ظن حياته، وألحق بها الرافعي ما إذا باع العبد علىٰ ظن أنه آبق أو مكاتب وكان قد رجع أو فسخ الكتابة، وكذلك لو اشترىٰ لغيره علىٰ ظن أنه فضولي فبان أنه قد وكله في ذلك يصح في الأصح. إذا قلنا: لا تتوقف الوكالة علىٰ القبول، وأنه يكون وكيلاً قبل بلوغ الخبر إليه،...".

قال في الإنصــاف مقرراً لما ذهب إليه الحنابلة في المذهب[٤]: " الثانية: .... لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أن لا شيء عليه، فكان له عليه مائة ففي صــحة الإبراء وجهان صــحح الناظم: أن البراءة لا تصـح... أصـلها لو باع مالاً لموروثه يعتقد أنه حي وكان قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصـح البيع وجهان: ... وقال القاضي: أصــل الوجهين من واجه امرأة بالطلاق يظنها أجنبية فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته...".

---

(١) انظر: بدائع الصــنائع (٧/ ١٦٧)، وشرح فتح القدير (٥/ ٣١٣)، وحاشــية ابن عابدين (٤/ ١٤١،١٤٠)، والفتاوىٰ الهندية (٣/ ٦١٠)، وحاشـية الدسـوقي (٣/ ١١)، وروضـة الطلبين (٣/ ٣٥٣)، والمجموع (٩/ ٢٦١)، ونهاية المحتاج (٣/ ٣٩١)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١١٦)، وكشـاف القناع (٣/ ١٥٧)، والإنصاف (٦/ ٣٤)، (٧/ ١٢٩).

(٢) انظر: الإنصاف (٧/ ١٢٩)، والفروع (٤/ ٢٧٣).

(٣) المنثور في القواعد (٣/ ٣٤٢).

(٤) الإنصاف للماوردي (٧/ ١٢٩-١٢٨).

=

الذي يظهر لي هو القول باعتبار الضابط بأنه صحيح يستقر العمل عليه وذلك لأن التصرف هنا صادف المأذون فيه؛ فكان كمن له العقد، ولا يقاس هذا على تصرف الفضولي لأن الفضولي تصرفه يحتاج إلى الإجازة ممن له الإجازة وهذا المتصرف لا يحتاج إلى ذلك. والله أعلم بالصواب.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت الضابط:

تندرج تحت هذا الضابط جملة من المسائل الفرعية، أذكر شيئا منها:

١-لو قال البائع إن كان هذا ملكي فقد بعتكه، ثم تبين أنه ملكه، يصح بيعه[١].

٢-**ومنها**: لو باع عبدا لغيره، على أنه فضولي ثم تبين أنه كان ملكه عند البيع، بأن مات مورثه وانتقل الملك إليه صح بيعه[٢].

٣-**ومنها**: لو أتلف رجل مالا على ظنه أنه ملك غيره، ثم تبين أنه ملكه، فلا يضمنه وذلك لأن الإتلاف أمر حقيقي يتوقف وجوده على العلم بكون المتلف مال الغير كما في الغصب، إلا أنه إذا علم بذلك لا يضمن و لا يأثم، [٣].

٤-**ومنها**: لو باع شيئا من مال أبيه بغير إذنه، ثم تبين أن أباه قد مات و لا وارث له غيره ففي صحة تصرفه قولان للفقها بناء على صحة الضابط وعدمها[٤].

٥-**ومنها**: لو كان المالك أهلاً للتصرف، وبيع ماله وهو غائب أو كان حاضراً وبيع ماله وهو ساكت فهل يصح هذا التصرف أم لا؟ بناء على أن البائع يظن نفسه وكيلاً.

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: إن البيع صحيح، إلا أنه موقوف على إجازة المالك.

---

(١) انظر: إعانة الطالبين (٣/ ٢٧٨).

(٢) انظر: إعانة الطالبين (١/ ١١٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع- (٧/ ١٦٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين- (٣/ ٢٢-٢٣).

وهذا مذهب الحنفية(1)، والمالكية(2)، والشـافعية في القديم(3)، وأحمد في رواية(4)، كما هو في تصرفات الفضولي.

القول الثاني: إن البيع باطل ولا تلحقه الإجازة وهو مذهب الشافعية والحنابلة.(5)

٦-**ومنها**: لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتاً أو أنه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة ففي صحة النكاح قولان: عند الحنابلة والصحيح: عدم الصحة.(6)

٧-**ومنها**: لو تصرف في مال صبي على أنه فضولي ثم تبين أنه ولي ذلك الصبي وأنه يرجع إليه يصح تصرفه في مال الصبي.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٣٦).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٢/ ١٢)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٦٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٥٣).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ١٥٧)، والإنصاف (٤/ ٢٨٣).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: الإنصاف (٩/ ٢٩٠).

المبحث الحادي عشر: قاعدة: من تصرف فيما يملك و فيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بنفاذ التصرــف في الممكوكات وغير المملوكات. وقاعدة مهمة في مو ضوعها حيث ت ضبط في طياتها الم سائل الفقهية الفرعية التي ينفذ فيها ت صرف الملاك في دائرة الملك.

دراسة هذه القاعدة تتأتي على الوجه المذيل:

أولا: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها القرافي في الفروق[1]، وكذلك الندوي في الموسوعة[2]، وهناك عبارات من الفقهاء تشهد لأصل القاعدة ووضعها، منها:

قال القرافي في الفرق الثالث[3]: قال أصــحابنا: إذا قال: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا لزمه أي عدد طلق منجزا حملنا معه الثلاث، قال: والبحث في هذه المســألة مبني على ثلاث قواعد:

الأولى: إن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط لأن حكمة السبب في ذاته.

وحكمة الشرط في غيره، فإذا لم يمكن اجتماعه معه لم تحصل فيه حكمته.

الثانية: إن اللفظ إذا دار بين المعهود في الشرع وغيره حمل على المعهود في الشرع، لأنه الظاهر.

الثالثة: أن من تصرف فيما يملك وما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك .

وكذلك نص عليه صاحب جوهر الإكليل[4].

وإلى هذا المدلول أشــار ابن قدامة فقال: «إذا باع ما يجوز بيعه و ما لا يجوز بيعه صــفقة واحدة كعبد و حر وخل وخمر وعبده وعبد غيره أو دارا له ولغيره ففيه روايتان:

---

(١) انظر: الفروق للقرافي: (١/ ١٣٤) .

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٧٣) .

(٣) الفروق للقرافي: (١/ ١٣٤) .

(٤) مواهب الجليل للحطاب: (١١/ ١٩١) .

=

إحداهما: تفرق الصفقة، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن و يبطل فيما لا يجوز، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد، فإذا اجتمعا بقيا في حكمهما كما لو باع شقصا وسيفا.

ثانيهما: يبطل فيهما، لأنه عقد واحد جمع حلالا وحراما فبطل كالجمع بين الأختين، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كدار له ولغيره ونحوها»[1].

قال ابن قدامة في المغني أيضاً: «الثاني أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه، وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه .

الثاني: لا يصح فيهما. وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة و أمة على روايتين.

إحداهما: يفسد فيهما .

الثانية: يصح في الحرة»[2] .

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تشير على أن للإنسان أن يتصرف فيما يملكه كيف يشاء، وله حرية التصرف في خالص ملكه، وليس لأحد من المسلمين وغيرهم أن يزاحمه في ملكه الذي اختص به، ولا أن يمنعه من التصرف فيه، إلا إذا كان تصرفه مضرا بغيره فإنه يمنع من التصرف في ملكه لأجل حق الغير مراعاة لمصلحته، ومن هنا تتقيد حرية التصرف في الملك عند الاستعمال والتصرف بعدم المضارة بالآخرين.

ثم إذا تصرف إنسان فيما لا يملكه بغير إذن منه، ولا ملك فتصرفه في ملك الغير غير نافذ و لا معتبر؛ لأنه متعد على ملك غيره.

وأما إذا تصرف أحد في شيئين أحدهما مملوك له، والآخر غير مملوك له، أو في شيء له فيه شرك فهو تصرف فيما يملك وفيما لا يملك فإن تصرفه فيما يملك صحيح نافذ، وأما تصرفه فيما لا يملك فهل هو باطل على أنه تصرف بلا ملك ولا إذن، أو صحيح غير نافذ أو موقوف على إجازة صاحب

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة: (٢/ ٣١) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٤/ ١٦٢) .

الملك؟ والقاعدة تنص على أن تصرفه فيما لا يملك غير نافذ وليس له اعتبار.

ثالثاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة على قولين:

القول الأول: هذه قاعدة صحيحة معمول بها بناء على جواز التصرف فيما يملكه وما لا يملكه.

وهذا القول ذهب إليه الحنفية[1] والمالكية[2] وهو قول عند الشافعية[3] ووجه عند الحنابلة.[4]

وعللوا بتعليلات منها:

١-لأن لكل واحد منهما حكم المستقل لو انفرد، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه.[5]

٢-ولأن التصرف اشتمل على صحيح وفاسد، فالعدل تصحيحها في الصحيح وقصر الفساد على الفاسد، كنظيره فيما لو شهد فاسق وعدل.

القول الثاني: عدم صحة القاعدة والعمل بها. وهذا قول للشافعية ووجه عند الحنابلة.[6]

لأن الصفقة جمعت صحيحاً وفاسداً، فغلب الفساد، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين.[7]

الذي يظهر لي هو القول باعتبار هذه القاعدة وذلك لأن تصحيح العقود فيما يمكن ذلك مقصود في باب المعاملات.

ولأن تصحيحه فيما يملك لا يؤدي إلى الأمور المنهي عنها شرعاً، فالأولى أن يعمل بهذا الأصل.

والله أعلم بالصواب.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

---

(١) انظر: فتح القدير (٦/ ٨٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ١٠٣).

(٢) انظر: الشرح الصغير (٣/ ٢٣-٢٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٢٠).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ١٥٧)، المغني (٦/ ٣٣٦).

(٥) انظر: المغني ((٦/ ٣٣٦).

(٦) انظر: المغني (٦/ ٣٣٦).

(٧) انظر: المصدر السابق.

=

يتفرع على هذه القاعدة مسائل فرعية متعددة منها:

١-لو باع شاتين إحداهما ملكه، والأخرى ليست ملكه، فإن تصرفه نافذ في الشاة التي يملكها، وباطل في الشاة الأخرى لعدم ملكيته لها. [1]

٢-**ومنها**: إذا قال لامرأته وامرأة جاره أنتما طالقان: طلقت زوجته دون زوجة جاره.

٣-**ومنها**: لو قال لعبده وعبد غيره: أنتما حران يعتق عبده وحده فينفذ تصرفه فيما ملكه مما يتناول لفظه.

٤-مسألة الوصية بما زاد على الثلث. [2]

٥-**ومنها**: لو باع دارين، إحداهما ملكه والأخرى ملك غيره فإن تصرفه ينفذ في الدار التي يملكها، ويبطل في الدار الأخرى لعدم ملكيته لها.

٦-**ومنها**: لو باع داراً مشتركة بينه وبني غيره بغير إذن شريكه فتصرفه نافذ فيما يملكه وباطل فيما لا يملكه.

---

(١) انظر: المغني: (٦/ ٣٣٦).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٤١٨) و بدائع الصنائع: (٧/ ٣٣٥) و مغني المحتاج: (٣/ ٤٠).

المبحث الثاني عشر: ضابط: من لا يملك التصرف في شيء بنفسه، لا يصح أن يتوكل فيه

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بباب التصرف، وهي تعالج أحكام التصرف بالوكالة وأهلية الوكالة الشرعية.

وهو أصل فقهي يضبط به من يصح له التصرف بالوكالة و من لا يصح له ذلك، وله أثر كبير في الفروع الفقهية في باب الوكالة. كما أن له صلة بأحكام ملكية التصرف عن طريق الوكالة.

دراسة الضابط تتجلى في الأمور التالية:

أولا: الكلام على أصل الضابط، ووضعه وألفاظه:

الضابط باللفظ المذكور ذكره الإمام ابن قدامة في المغني(١)، والندوي في الموسوعة(٢).

وذكره صاحب مطالب أولي النهي(٣) بلفظ: «**من لا يصح تصرفه لنفسه في شيء لا يصح أن يستنيب غيره فيه**».

وجاء بلفظ آخر: «**من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته**»(٤).

وبلفظ: «**من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه**»(٥).

وكذلك ورد بلفظ: «**من صحت منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه، توكله فيه** عن غيره ومالا **فلا**»(٦).

وهناك عبارات من الفقهاء-رحمهم الله- تشهد لأصل الضابط ووضعه والتفريع عليه.

ومنها:

ما جاء في المجموع المهذب: «ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك

---

(١) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٩٨).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٨١).

(٣) مطالب أولي النهى: (٣/ ٤٣٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٢٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٢٣)، وكتاب القواعد للحصني: (٤/ ١٦١)، والمجموع المهذب: (و/ ٢٣٨).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل:(٢/ ٤٥١)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٤٦٣).

أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه، فلا يملك أن يملك ذلك غيره، وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل إلا بالإذن لأنه يملك التصرف بالإذن، فكان توكيله بالإذن .

واختلف أصحابنا في غير الأب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال: يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالاب والجد، ومنهم من قال: لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون»[1] .

قال ابن قدامة في المغني: وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه، وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة حرا أو عبدا مسلما كان أو كافرا.

وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيماله فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه. إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه. وذكر القاضي: أنه لا يصح أن يقبله لغيره.

وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك... ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز إن يقبله لنفسه. وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به. ومن لا يملك التصرف في شيء بنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله، والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها[2].

وجاء في مطالب أولى النهى ما يقرر هذا الأصل: «ولا يصح توكيل في شيء من بيع أو عتق أو طلاق ونحوها، إلا ممن يصح تصرفه فيه؛ أي: في ذلك الشيء الذي وكل فيه؛ لأن من لا يصح تصرفه

---

(١) المجموع شرح المهذب: (١٤/ ١٠١) .

(٢) المغني: (٨/ ١٩٨-١٩٧) .

=

لنفسه في شيء لا يصح أن يستنيب غيره فيه، فلا يصح توكيله سفيه في نحو عتق عبده»[١].

ثانياً: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط بصيغته ومدلوله ومفهومه تدل على صحة التصرف بالوكالة، وصحة التوكيل والتوكل عن الغير.

ومن المعلوم أن التصرفات سواء كانت قولية أو فعلية منها ما تدخله النيابة- أي يصح أن ينيب الشخص عنه من يقوم بذلك التصرف، ومنها ما لا تدخله النيابة، فلا يصح التوكل فيه عن الغير كالصلاة والصوم وقراءة القرآن.

والتصرفات التي تدخلها النيابة منها ما لا يصح مباشرة تصرف الرجل فيه ومنها ما لا يصح مباشرة التصرف فيه لمعنى.

فمن صح تصرفه في شيء مما يجوز دخول النيابة فيه كالبيع والشراء والنكاح وتفرقة زكاة، وذبح أضحية ويمكن مباشرته بنفسه صح و جاز أن يوكل فيه غيره وينيبه عنه، كما يصح ويجوز له أن يكون وكيلا ونائبا عن غيره فيه.

وشرط صحة التصرف أن يكون المتصرف مستوفياً للشروط المعتبرة من البلوغ والعقل والحرية وعدم الحجر والإذن للعبد الصغير و المميز فمن كان كذلك جاز تصرفه وتوكله عن غيره، وتوكيل غيره عنه في كل ما تدخله النيابة ومن لا فلا.

فالشخص الذي لا يجوز له أن يتصرف في شيء أو أن يباشر التصرف في شيء ولا يملكه لصغر، أو حجر أو رقٍّ أو غير ذلك من الأسباب لا يجوز له أن يتوكل لغيره ولا أن يوكل غيره، لأن الذي لا يعتبر في تصرفه لنفسه لا يعتبر في تصرفه لغيره.

ثالثاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه الضابط وصحته:

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بصحة الوكالة في تصرف الأملاك وهو من الضوابط التي اتفق عليها الفقهاء في الجملة، وذلك لأنه يشترط في صحة التوكيل والتوكل أن يكون ممن يملك ذلك التصرف وتلزمه الأحكام[٢].

---

(١) مطالب أولى النهى: (٩/ ٣٢٣).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٨/ ٦)، البحر الرائق (٧/ ١٤٠)، والفتاوى الهندية (٣/ ٥٦١)، عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٦٨٨)، نهاية المحتاج (٥/ ١٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٧)، والمغني مع الشرح الكبير (٥/ ٢٠٢).

=

وعلىٰ هذا لا تجوز الوكالة من المجنون والمعتوه والمغمىٰ عليه والنائم والصبي غير المميز مطلقاً مهما كان نوع التصرف محل الوكالة.(١)

اختلف الفقهاء في عدة مسائل منها:

الأولى: اشتراط البلوغ في الوكيل:

اختلفوا في هذه المسالة علىٰ قولين:

القول الأول: هو جواز وكالة الصبي المميز، وهو مذهب الحنفية(٢)، والحنابلة.(٣)

وذكر الحنفية إذا كان يعقل العقد ويقصده، أي يعقل ا لبيع وغيره من العقود، فيعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن، والبيع علىٰ عكسه، ويعرف الغبن الفاحش من اليسير.

ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل ، فإنه يجوز له أن يتوكل في التصرف.

وقالوا: إن حقوق العقد ترجع إلىٰ الوكيل إذا كان بالغا أما إذا كان صبيا مميزا فإن حقوقه ترجع إلىٰ الموكل لا إلىٰ الوكيل.(٤)

وصرح الحنابلة بأنه يصح توكيل المميز وتوكله في كل تصرف لا يشترط له البلوغ، كتصرف المميز بإذن الولي، فإنه صحيح.(٥)

واستدل القائلون بصحة وكالة الصبي المميز بما ورد، أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة رضي الله عنها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، ثم قال لعمرو بن أم سلمة: **قم، فزوج رسول الله** ﷺ

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٠)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠)، الفتاوىٰ الهندية (٣/ ٥٦١)، نهاية المحتاج (٥/ ١٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠)، والبحر الرائق (٧/ ٤١).

(٣) انظر: كشاف القناع (٣/ ٤٦٣)، الإنصاف (٥/ ٣٥٥).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٤)، تكملة فتح القدير (٨/ ١٤).

(٥) انظر: كشاف القناع (٣/ ٤٦٣)، والإنصاف (٥/ ٣٥٥)، والمغني (٥/ ٨٨).

=

فزوجه وكان صبياً.[١]

القول الثاني: وهو عدم جواز وكالة الصبي المميز، لأنه غير مكلف، ولا يملك التصرف في حق نفسه، فلا يملك أن يتوكل لغيره، لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل. وهذا القول ذهب إليه الشافعية.[٢] و الله أعلم بالصواب.

الثانية: وكالة المرأة في عقد الزواج:

اختلف الفقهاء في جواز توكيل المرأة من يزوجها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج، سواء أزوجت نفسها أم زوجت غيرها، فلها أن توكل من يزوجها، وهذا قول الحنفية.[٣]

وذلك لأن من شرط الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه، فما لا يملكه بنفسه لا يحتمل التفويض إلى غيره فلا يصح.

القول الثاني: إذا وكلت الدنيئة كالمعتقة والمسكينة أجنبياً في بلد ليس فيه سلطان أو فيه لكن يعسر وصولها إليه ولا ولي لها جاز ذلك.

وهذا القول ذهب إليه المالكية.[٤]

القول الثالث: ليس للمرأة أن تلي عقد الزواج بنفسها سواء زوجت نفسها أم غيرها، فليس لها أن توكل من يتولى عقد زواجها، وهذا القول ذهب إليه فقهاء الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

لأنها لا تملك هذا الحق، فما لا تملكه لا يصح لها أن توكل فيهو كذلك أن تتوكل فيه.

---

(١) الحديث أخرجه النسائي في سننه (٦/ ٨٢-٨١) في باب إنكاح الابن أمه من كتاب النكاح، والحاكم في المستدرك (٤/ ١٧)، والإمام أحمد في المسند (٦/ ٣١٣، ٣١٧،٣١٤). وإسناده صحيح كما قال الحافظ في الإصابة (١٣/ ٢٢٣)، وصححه ابن حبان (١٢٨٢) والحاكم ووافقه الذهبي (٤/ ١٧).

(٢) انظر: حاشية الجمل (٤/ ٤٠٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠).

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي (٤/ ٢٤٠).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣/ ١٤٧)، عقد الجواهر الثمينة (٢/ ١٣).

(٦) انظر: المغني (٦/ ٤٤٩).

الذي يظهر لي هو القول بعدم جواز وكالة المرأة في عقد الزواج، وذلك للأصـــل الذي بين أيدينا،و لأن ولاية النكاح مستفادة من النص و ليس لها حظ من هذه الولاية. والله أعلم بالصواب.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت الضابط:

يضبط هذا الأصل في أطرافه مسائل كثيرة منها:

١-المحجور عليه عن البيع أو التعاقد لا يجوز له أن يتوكل لغيره كما لا يجوز له أن يوكل غيره فيما هو محجور عنه.

٢-**ومنها**:البالغ العاقل الحر يجوز له أن يعقد عقد النكاح أو البيع لنفســه، فيجوز أن يوكل فيه غيره أو يتوكل هو عن غيره في ذلك.

٣-**ومنها**: المرأة، فهل يجوز لها أن تتوكل في عقد الزواج أم لا، وقد سبق بيان المسألة آنفاً.

٤-**ومنها**: السفيه، فإنه يصح توكيله لغيره فيما يصح أن يتصرف فيه بنفسه كالطلاق، والخلع، وطلب القصــاص ونحوه، فيجوز له أن يوكل غيره عنه، لأن الوكيل يقوم مقام الأصــل في الإيجاب والقبول فلا بد أن يكون من أهلها.

ولا تجوز الوكالة من المحجور عليه لسفه فيما لا يستقل به من التصرفات[1].

وا ستثنى الشافعية النكاح من هذه التصرفات، فإنه وإن صح له أن يعاقده لنفسه إن أذن له به فإنه لا يوكل به غيره.[2]

٥-**ومنها**: توكيل المحرم لحلال في عقد النكاح.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه لا يجوز توكل المحرم لحلال في النكاح يعقد له حال إحرام الموكل، لأنه يشترط في ذلك خلو ولي النكاح من الإحرام بحج أو عمرة ولأنه لا يباشره.

---

(١) انظر: تفصـيل المسـألة في البحر الرائق (٧/ ١٤٩)، والاختيار (٢/ ١٥٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٢٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٢١٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٥)، وحاشــية الجمل (٣/ ٤٠٣)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٨٧-٨٨)، والمبدع (٤/ ٣٥٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٢١٧)، وحاشية الجمل (٣/ ٤٠٣).

=

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية(١)، والشافعية(٢) والحنابلة.(٣)

فالمحرم بحج أو عمرة لا يصح منه تولي عقد النكاح.

قال المالكية: فإن عقد فسخ أبداً وقال الشافعية: وهذا عام في الولي ولو حاكماً أو الزوج أو الوكيل عن أحدهما أو الزوجة ولكن إحرام الولي لا ينقل الولاية للولي الأبعد في الأصح.(٤)

القول الثاني: إنه يجوز توكل المحرم في الزواج مطلقاً؛ لأنه يجوز له أن يعقده بنفسه، فجاز له التوكيل فيه. هذا القول ذهب إليه الحنفية

واستدلوا بما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه: **"تزوج النبي ﷺ ميمونة بنت الحارث وهو محرم"**(٥).

وقالوا: إذا كانت حرمة الصيام لا تمنع عقد النكاح، فكذلك حرمة الإحرام لا تمنع عقد النكاح أيضاً.(٦)

الذي يظهر لي هو القول بعدم جواز توكل المحرم لحلال، وذلك للأصل الذي بين أيدينا، ولدلالة النص عليه وهو قوله ﷺ: **"لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب"**(٧).

والله أعلم بالصواب .

---

(١) انظر: الشرح الصغير (٢/ ٣٧٣)، وعقد الجواهر الثمينة (٢/ ٦٧٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/ ٦٦)، ومغني المحتاج (٣/ ١٥٦).

(٣) انظر: كشاف القناع (٢/ ٤٤١)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٤٣٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/ ٦٦)، ومغني المحتاج (٣/ ١٥٦).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١٩) (٥/ ١٨١) في باب تزويج المحرم من كتاب المحصر ـ وجزاء الـصيد، وفي باب عمرة القـضاء من كتاب المغازي، ومـسلم في صحيحه (٢/ ١٠٣٢-١٠٣١) في باب تحريم نكاح المحرم من كتاب النكاح.

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٠).

(٧) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (٢/ ١٠٣١-١٠٣٠) في باب تحريم نكاح المحرم من كتاب النكاح.

المبحث الثالث عشر: قاعدة: من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بباب التصرف والوكالة أيضاً، وهو كأصل فقهي يحوي أحكام التصرف بالإذن، وهذه القاعدة كسابقتها في الدلالة والمعنى، إلا أنها تنص على التصرف بالإذن، والسابقة تتعلق بالدلالة على التصرف بالوكالة، والإذن أعم من الوكالة.

دراسة الضابط تتجلى في النقاط التالية :

أولاً : الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها :

القاعدة باللفظ المذكور ذكره العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام(١) والزركشي في المنثور(٢) والندوي في الموسوعة(٣) .

وعبارات الفقهاء وتعريفهم عليها دلالة وا ضحة على و ضع القاعدة وأ صلها، فقد جعلها العز بن عبد السلام من الأصول المقتضية للقياس.

ثانياً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

القاعدة بالصيغة المذكورة تنص على أن مبني الإذن في التصرفات كلها سواء كانت قولية أو فعلية هو ملك التصرف، فكل من يملك التصرف في شيء فله أن يأذن لغيره أو أن يوكله في التصرف فيه، وأما من لم يملك التصرف فإنه لا يجوز له أن يأذن لغيره في التصرف فيه، فإن أذن له فيه فتصرف المأذون له بناء على إذنه يعتبر إذنه باطلاً ولا يترتب عليه حكم، ويكون التصرف بهذا الإذن هو المسئول عن التصرف الذي قام به.

والقاعدة بمفهومها العام تدل على أن الوكالة، والإذن والتوكيل، والإباحة كلها هذه المعاملات والتصرف بها تكون مبنية على ملك التصرف، ومن لم يملك التصرف فليس له ذلك.

ثالثاً : الفروع المندرجة تحت الضابط :

---

(١) قواعد الأحكام: (٢/ ١٥٦) .

(٢) المنثور في القواعد: (٣/ ٢١١)، وكذلك انظر الأشباه والنظائر لابن السبكي: (١/ ٣٢٥)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل: (٢/ ٤٥١).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٤٨١) .

=

تندرج تحت الضابط جملة من المسائل الفرعية. منها :

١-الصبي الصغير لا يجوز له الإذن في بيع ملكه، لأنه لا يملك التصرف فيه.

٢-**ومنها:** المحرم في عقد النكاح، إنه لا يجوز له الإذن في عقد النكاح لأنه لا يجوز له التصرف فيه[١] .

٣-**ومنها:** العبد المأذون له في نوع من التجارة هل يملك الإذن في غيره أم لا؟

٤-**ومنها:** لو كان مال الشركة والمضاربة موصىٰ به، والموصىٰ له كالوارث في هذا فإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء فليس للموصي الإذن في التصرف، لأنه قد وجب دفعها إليهم[٢] .

٥-**ومنها:** لو أوصىٰ إلىٰ رجل وأذن له أن يوصي إلىٰ من يشاء، نحو أن يقول : أذنت لك أن توصي إلىٰ من شئت أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيتُ إليه أو فهو وصي هل يصح له أن يوصي إلىٰ من شاء أم لا؟ اختلف علىٰ قولين :

القول الأول: يصح له ذلك، وهو قول أكثر أهل العلم[٣] . وذلك لأنه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو أوصىٰ إليهما معاً.

ولأنه مأذون له في الإذن في التصرف، فجاز له أن يأذن لغيره، كالوكيل إذا أمر بالتوكيل.

القول الثاني: لا يصح له أن يوصي إلىٰ غيره، وذلك لأنه يلي بتوليه فلا يصح أن يوصي كالوكيل وهو أحد قولي الشافعي[٤]، فأما إن أوصىٰ إليه، وأطلق ولم يأذن له في الإيصاء ولا ينهاه عنه، ففيه قولان :

القول الأول: له أن يوصي إلىٰ غيره، وهو مذهب الحنفية والمالكية وقول الحنابلة في المذهب وبه قال الثوري[٥] .

---

(١) انظر : المنثور في القواعد: (٣/ ٢١١) .

(٢) انظر : الكافي لابن قدامة: (٢/ ٢٦٠)، والمغني له: (٥/ ١٥) .

(٣) انظر : المغني لإبن قدامة: (٦/ ١٤٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج: (٣/ ٧٧) .

(٥) انظر : المغني لإبن قدامة: (٦/ ١٤٦) وكشاف القناع: (٣/ ٥٠٦.)

=

القول الثاني : ليس له ذلك وهو مذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة وهو اختيار أبي بكر منهم[1]
.



---

(١) انظر : المغني لإبن قدامة: (٦/ ١٤٦).

المبحث الأول: قاعدة: الأصل أن الأملاك لا تنتقل عن ملك أربابها إلا بيقين

هذه القاعدة تتعلق بانتقال الملكية، وهي كأصل فقهي تحوي في ثناياها مسائل ثبوت الانتقال في الملك.

دراستها تكون على الوجه الآتي:

أولًا: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها، وألفاظها:

القاعدة بالصيغة المذكورة ذكرها الندوي في موسوعته المشهورة[١] نقلًا عن فتاوى ابن رشد[٢].

وجاءت القاعدة بعدة ألفاظ متقاربة مفادها يتضمن مدلولًا واحدًا منها: «**الأموال باقية على ملك أربابها**»[٣].

ومنها: «**بالمحتمل لا يزول الملك**»[٤] وبعبارة أخرى: «**المحتمل لا يكون حجة**»[٥]، وكذلك: «**بالاحتمال لا يثبت الاستحقاق**»[٦].

هناك عبارات فقهية تؤكد مضمون القاعدة أيضًا، منها ما جاء في مواهب الجليل[٧]: «**الأصل أن الأملاك على ملك مالكها ولا يمين عليه إلا أن يدعى عليه بالنص**».

وفي حاشية الدسوقي[٨] ما يقرر ذلك: «لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها وسواء قالت البينة: إن ذلك سابق على المفاوضة ولم يدخل فيها أو قالت: لا نعلم هل المفاوضة سابقة على الإرث أو هو سابق عليها فإنه يختص به في الحالتين».

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٥٥).

(٢) فتاوى ابن رشد: (١/ ٣٢٤).

(٣) انظر: كتاب القواعد للحصني: (٢/ ٥٩٨)، وقواعد العلائي: (٢/ ١٢٥).

(٤) انظر: المبسوط: (٣٠/ ١٤١).

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) انظر: شرح السير الكبير: ص(٩٧١-٩٧٠).

(٧) مواهب الجليل: (٥/ ٣٩٢).

(٨) حاشية الدسوقي: (٣/ ٣٥٥).

=

وجاء في إعانة الطالبين[1]: «لأن الأصل المعتمد في الأملاك اليد، ولم يثبت لنا فيه أصل آخر يعارضه فاستصحب، ولم يبال بغلبة الظن» .

ويقرر ذلك ما جاء أيضًا: «اعتمادًا على الاستصحاب؛ لأن الأصل البقاء وللحاجة كذلك، وإلا لتعسرت الشهادة على الأملاك السابقة إذا تطاول الزمن ومحله إن لم يصرح بأنه اعتمد الاستصحاب»[2] .

ويفهم من عبارات الفقهاء أيضًا أن هذه القاعدة منبثقة من قاعدتين من القواعد الكبرى:

الأولى: «**اليقين لا يزول بالشك**»[3] .

الثانية: «**الأصل بقاء ما كان على ما كان**»[4] .

وقاعدة الاستصحاب أولى بها من غيرها، ومن ألفاظها أيضًا: «**لا تنقض اليد الثابتة بالشك**»[5]، وكذلك: «**لا يترك ما ثبت يقينًا بالاحتمال**»[6] .

يبدو لي من تقليب النظر في مصادر القواعد الفقهية أن هذه القاعدة من القواعد الفرعية على الأصول المقررة لدى الفقهاء مثل أصل اليقين، والاستصحاب، والله أعلم .

ثانيًا: مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أولا: معنى الأملاك لغة واصطلاحًا، والمقصود به في القاعدة:

الأملاك في اللغة: جمع ملك، والملك اسم مصدر معناه: ما يملك ويتصرف فيه[7]، وقد سبق تفصيل الكلام على الملك في تمهيد الرسالة .

والمقصود بالأملاك في القاعدة: الأشياء المملوكة أو الأشياء التي ثبت عليها الملك بسبب من

---

(١) إعانة الطالبين: (٢/ ٣١٤) .

(٢) إعانة الطالبين: (٤/ ٣٠٢) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٦٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١١٨) .

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٦٢)، وبدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١١٩)، وشرح الروضة للطوفي: (٢/ ١٠٣، ٣٤٣)، وقواعد السعدي: ص(٤٤) .

(٥) الهداية شرح بداية المبتدي: (٨/ ٣٥٣) .

(٦) المغني لابن قدامة: (١٣/ ٢٦٤) .

(٧) انظر: المعجم الوسيط: ص(٨٨٦) .

=

أسباب الملك، والله أعلم .

ثانيًا: معنى اليقين لغة واصطلاحًا:

اليقين في اللغة: العلم وإزاحة الشك، وتحقيق الأمر، وهو نقيض الشك[1]، وهو ثلاثي من باب تعب، يقال: يقن الأمر يَيْقَن يقنًا: إذا ثبت ووضح، فهو يقين فعيل بمعنى فاعل، ويستعمل متعديًا بنفسه والباء، فيقال: يقنته، ويقنت به، وأيقنت به، وتيقنه واستيقنه: علمه وتحققه[2] .

فاليقين هو العلم الذي لا شك معه[3]، وفي أصل اللغة بمعنى الاستقرار، يقال: «يقن الماء في الحوض إذا استقر ودام[4] .

اليقين في الاصطلاح: عرف بعدة تعريفات، من أشهرها:

١-اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلّا كذا مطابقًا للواقع غير ممكن الزوال[5] .

٢-عبارة عن العلم المستقر في القلب لثبوته من سبب متعين له بحيث لا يقبل الانهدام[6] .

٣-هو جزم القلب بوقوع الشيء، أو عدم وقوعه[7] .

٤-اليقين (عند الفلاسفة): اطمئنان النفس إلى حكم مع الاعتقاد بصحته[8] .

والمقصود باليقين في القاعدة ما يقابل الاحتمال والشك .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تدل على أن الأشياء التي ثبت فيها ملك أحد من الناس بالبيع أو الهبة أو الإرث أو الاستيلاء أو التولد لا ينتقل ملكها عن أصحابها إلا بيقين أي بسبب من أسباب الملك التي تنقل الملك من رجل إلى آخر، وعلى هذا لا ينتقل الملك بالاحتمال أو الشك .

---

(١) انظر: لسان العرب: (١٣/ ٤٥٧)، ومختار الصحاح: ص(٧٤٣) .

(٢) انظر: الصحاح: (٦/ ٢٢١٩)، والمصباح المنير: ص(٢٦١)، والقاموس المحيط: ص(١٦٠١) .

(٣) انظر: المعجم الوسيط: ص(١٠٦٦)، والتعريفات الفقهية: ص(٢٤٤) .

(٤) انظر: الجرجاني: كتاب التعريفات: ص(٢٥٩) .

(٥) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٢٤٤) .

(٦) انظر: الكليات، القسم الخامس: ص(١١٦) .

(٧) انظر: درر الحكام لعلي حيدر: (١/ ١٨)، وشرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي: (١/ ١٨) .

(٨) انظر: المعجم الوسيط: ص(١٠٦٦) .

وذلك لأن الأموال باقية على ملك أصحابها لم يرد عليها ناقل الملك لأن مال الإنسان لا ينتقل عن ملكه إلا برضا منه وبطريق شرعي صحيح .

فإذا لم يوجد الرضا أو لم يكن الطريق لانتقال الأملاك طريقًا شرعيًا صحيحًا فإن المال لا ينتقل عن ملك صاحبه، بل يبقى ملكًا له ويجب الضمان على من فوت على المالك اليد والقدرة على التصرف .

وثبوت الملك وزواله لا يتمان إلا باللفظ أو الفعل المتيقن، وأما إذا كان اللفظ أو الفعل محتملًا للأمرين الزوال أو الثبوت وعدمه فلا يثبت أي واحد منهما . والقاعدة تشير هنا إلى انتقال الملك فقط بحيث أن الانتقال لا يتم بالاحتمال بل لا بد من اليقين الذي يفيد أن صاحب الملك أراد به نقل ملكه إلى غيره .

والقاعدة بمفهومها تدل على أن الأسباب الناقلة للملك إذا كانت ظاهرة ينتقل بها ملك أحد إلى غيره لكونها من الأفعال المتيقنة في إفادة زوال الملك .

رابعًا: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة والعمل بها:

هذه القاعدة من القواعد المهمة في باب انتقال الملك وزواله؛ وقد سبقت الإشارة إلى أن القاعدة مستوحاة من الأصول المقرر لدى الفقهاء .

وأصول المذاهب الفقهية لا تخالف مدلول هذه القاعدة في الجملة[1]، ويمكن أن يستدل لها بما يأتي:

١ -قوله ﷺ للرجل الذي شكى إليه أنه يخيل له أنه يجد الشيء في الصلاة: «**لا ينتقل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا**»[2] .

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ١٩٥)، والمبسوط: (٣/ ٨٣)، والبيان والتحصيل: (١/ ١٣٠)، والمقدمات الممهدات: (٢/ ٥٣١)، والمجموع شرح المهذب: (١/ ٢٠٥)، وإعانة الطالبين: (٢/ ٢١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص(١١٨)، وكشاف القناع: (١/ ١٢٤-١٢٣)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ٢٦٤) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١/ ٤٦)، في باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن من كتاب الوضوء، ومسلم في صحيحه: (١/ ٢٧٦) في باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحديث فله أن يصلي بطهارته تلك من كتاب الحيض من حديث عبد الله بن زيد .

=

وجه الدلالة منه:

أن الثابت بيقين لا يزول بالاحتمال ولا يثبت به الحكم .

٢-قوله ﷺ: «**لا تصوموا قبل رمضان، صوموا للرؤية وأفطروا للرؤية فإن حالت دونه غيابة فأكملوا ثلاثين**»(١) .

قال ابن عبد البر: «وفي حديث ابن عباس هذا من الفقه أن اليقين لا يزيله الشك ولا يزيله إلا يقين مثله؛ لأنه ﷺ أمر الناس ألا يدعوا ما هم عليه من يقين شعبان إلا بيقين رؤية أو استكمال العدة وأن الشك لا يعمل في ذلك شيئًا .

ولهذا نهىٰ عن صوم يوم الشك اطراحًا لإعمال الشك، وإعلامًا أن الأحكامَ لا تجب إلا بيقين لا شك فيه، وهذا أصل عظيم من الفقه أن لا يدع الإنسان ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين من انتقالها»(٢) .

٣-ويؤيد هذا قوله ﷺ أيضًا: «**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدرِ كم صلى أثلاثًا أم أربعًا؟ فليصلِّ ركعة، ليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم**»(٣) .

وجه الدلالة منه: ظاهر كما سبق .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تنطبق علىٰ هذه القاعدة فروع فقهية منها:

١-لو علم أحد أن البضاعة الفلانية ملك لزيد ثم وجد من ينازعه فيها فإنه يجوز له أن يشهد لزيد بناءً علىٰ أن البضاعة ملكه وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينازعه لأن الأملاك لا ينتقل

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي في سننه: (٣/ ٧٢)، في باب ما جاء أن الصوم لرؤية الهلال من أبواب الصيام، والنسائي في السنن الكبرىٰ: (٢/ ٧٢)، في باب ذكر الاختلاف علىٰ منصور من كتاب الصيام، وابن حبان في صحيحه: (٨/ ٣٦٠) من كتاب الصيام من حديث ابن عباس، والأصل في البخاري ومسلم .

(٢) التمهيد لابن عبد البر: (٢/ ٣٩) .

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ: (٢/ ٣٣٨) في باب من قال: يسجدهما قبل السلام، من كتاب الصلاة من حديث عطاء بن يسار، والأصل موجود في صحيح البخاري: (١/ ١١١، ٨/ ١٧٠)، وصحيح مسلم: (١/ ٤٠٠) من حديث عبد الله بن مسعود .

=

ملكها بالاحتمال[1] .

٢-**ومنها:** لا ينتقل ملك المورث إلى ورثته باحتمال الموت فإذا ثبت أنه مات تيقن أن الملك انتقل إلى الورثة[2] .

٣-**ومنها:** مسألة ملك المفقود فإن ملكه لا ينتقل إلى غيره باحتمال أنه مَاتَ؛ لأن الأصل المعهود في الثابت بيقين هو ملكه ولا ينتقل إلا بيقين هو تحقق الموت له[3] .

٤-**ومنها:** لو غلَبَ الماء على أرض أحد واستبحر ثم نضب عنها الماء وظهرت الأرض فإن الأرض باقية على ملك صاحبها، وله أن يأخذها ويستولي عليها ولا يزول ملكه باحتمال الغرق[4] .

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية: ص(٨٢) .

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي: (٣٠/ ٨٣)، وبدائع الفوائد لابن القيم: (٣/ ٢٧٤) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٦) .

(٤) انظر: الإنصاف: (٦/ ٣٦٢) .

المبحث الثاني: قاعدة: الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنقل إلى الورثة

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بانتقال الأعيان المملوكة من مورث إلىٰ ورثته. وهي قاعدة مهمة جدًا في موضوعها ومضمونها، وهي تشمل بأركانها وفروعها أحكام الأملاك المستقرة ومدىٰ تحديد الملكية فيها .

وتأتي دراسة القاعدة علىٰ الوجه الآتي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة بصيغتها المذكورة ذكرها كثير من الفقهاء في كتبهم[1]، وقد جاء في الكافي لابن قدامة[2] في موطن التعليل لمسألة: «ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك، وتنتقل إلىٰ الورثة، فلم يكن تقديره بحياته منافيًا لحكم الأملاك...» .

والقاعدة علىٰ الوجه المذكور وردت في مواطن تعليل الفقهاء لأحكام العمرىٰ بأنها تنقل الملك إلىٰ المعمر .

ثانيًا: مفردات القاعدة، وما يتعلق بها:

أ-الأملاك المستقرة:

الأملاك باعتبار استقرار الملك فيها لها ثلاثة أقسامٍ[3] كما سبقت الإشارة:

الأول: الأملاك المستقرة:

وهي الأملاك التي لا تحتمل السقوط بتلفتها أو تلف مقابلها كثمن المبيع بعد القبض، والصداق بعد الدخول .

الثاني: الأملاك غير المستقرة:

وهي الأملاك التي تـ سقط بتلفها، أو تلف مقابلها مثل الأجرة قبل ا ستيفاء المنفعة، والثمن قبل قبض المبيع وهذه الأملاك غير مستقرة من حيث ملكها .

الثالث: الأملاك المرسلة:

---

(١) انظر: الكافي: (٢/ ٤٧٢)، والمبدع: (٥/ ٣٦٩)، ومنار السبيل: (٢/ ٢٠)، والمهذب: (١/ ٤٤٨) .

(٢) الكافي لابن قدامة: (٢/ ٤٧٢) .

(٣) انظر: المنثور في القواعد: (٣/ ٢٤٠) .

=

أي المطلقة عن ذكر سبب الملك[١] .

وهي أن يشهد رجلان في شيء ولم يذكرا سبب الملك، إن كان جاريةً لا يحل وطؤها وإن كان دارًا يغرم شاهدان قيمتها[٢] .

ب-قولهم: مقدرة بحياة المالك:

يفيد أن هذه الأملاك مع استقرارها وثبوتها لأصحابها تقدر بحياتهم، وهي تنتقل إلى ملك جديد بعد مماتهم .

وهذالا يخالف الأصل الذي يدل على أن التمليك لا يتأقت بل التمليك إذا ثبت ثبت مؤبدًا .

وقد سبقَ في خصائص الملكية بأن ملكية العين متى ثبتت تثبت مؤبدة لا تقبل التوقيت، ولكن يمكن أن يطرأ على هذه الملكية انتقال من يد إلى أخرى بسبب جديد ناقل كالبيع والإرث، فإن لم يطرأ عليها ناقل بوساطة عقد جديد أو خلافة لا تنتهي الملكية السابقة بعد ثبوتها إلى موت أصحابها. وعلى هذا قولهم مقدرة بحياة المالك لا يخالف هذا الأصل، ولأن الإنسان بعد موته لا يحتاج إلى الملك، وينتقل ملكه عنه بسبب الخلافة قهرًا كيلا تضيع الأملاك بدون ملاكها .

ثالثًا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بلفظها المذكور تنص على أن الأملاك التي ا ستقر فيها الملك بحيث لا تحتمل الـ سقوطَ، فإن ملكيتها مقدرة في الـشريعة الإ سلامية بحياة ملاكها، وهي بعد موت أ صحابها تنتقل إلى ورثتهم الذين يرثونهم حسب أحكام الفرائض، وتملك الورثة لها لا يكون بسبب الملكية السابقة وإنما يكون عن طريق الخلا فة أي التملك القهري، وهي بمفهومها تدل على الأملاك غير المستقرة لا تقدر ملكيتها بحياة ملاكها، وإنما هي تقبل التوقيت، وبالتالي أنها ترجع إلى ملاكها بعد انتهاء المدة المعينة .

والقاعدة تشير أيضًا إلى أن ملكية الأعيان تنتقل إلى الورثة بعد موت أصحابها، وليس لهم التصرف فيما بعد الموت، ولا تنفذ تصرفاتهم في الأعيان المنتقل ملكها إلا ما أجازه الشرع من الوصية والوقف وغيرها .

رابعًا: أقوال الفقهاء في اعتبار القاعدة وصحتها:

---

(١) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٣٦) .

(٢) انظر: التعريفات: ص(٥٥، ٢٦٨)، والتعريفات الفقيهة: ص(٣٦) .

=

هذه القاعدة بإطلاقها لا تخالفها أصول المذاهب الفقهية في الجملة[١]؛ لأن ملكية الأعيان المستقرة في الأصل لا تقبل التوقيت .

ولكن الفقهاء -رحمهم الله- اختلفوا في تخريجها على بعض مسائلها .

ومن تلك المسائل مسألة العمرى المشهورة وقد سبقت الإشارة إليها في خصائص الملكية .

بناءً عليها ذهب المالكية إلى أن العمرى تمليك المنافع، لا تملك بها رقبة المعمر بحالٍ، ويكون للمعمر السكنى، فإذا مات عادت إلى المعمر، وهو المالك الأول، وكذلك الأمر لو قال له ولعقبه كان سكناهم لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر، إذا ثبت هذا فالمالكية يخالفون هذا الأصل عند التطبيق عليه[٢] .

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يأتي:

١-حديث جابر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها؛ فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعْمِرَها حيًا وميتًا ولعقبه**»[٣] .

٢-وعن جابر رضي الله عنه قال: **قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له**[٤] .

٣-وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث[٥] .

يفهم من هذه الأحاديث بأن العمرى ينتقل ملكها إلى ورثة المعمر له بعد موته، ومن المعلوم أن العمرى من الأملاك المستقرة فهي مقدرة بحياة المعمر له ثم بعد موته تنقل الملك إلى ورثته من بعده،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١١٧)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٩٣)، والمغني: (٨/ ٢٨٣)، وجواهر العقود: (١/ ٣٩٧)، وشرح ميارة على تحفة الحكام: (٢/ ١٦٠) .

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ص(٣٢٠-٣١٩)، وجواهر العقود: (١/ ٣٩٧)، والمدخل الفقهي للأستاذ الزرقا: (١/ ١/ ٢٥٤-٢٥٧)، والملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٧٩) .

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٤٧-١٢٤٦) في باب العمرى من كتاب الهبات .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٢١٦) في باب ما قيل في العمرى من كتاب الهبة، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٤٦) في باب العمرى من كتاب الهبات .

(٥) الحديث أخرجه النسائي في سننه: (٦/ ٢٢٨) في باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير من كتاب الرقبى وابن ماجة في سننه: (٢/ ٧٩٦) في باب العمرى من كتاب الهبات، والإمام أحمد في المسند: (٥/ ١٨٩)، والأصل موجود في صحيح مسلم: (٣/ ١٢٤٨)، وفيه قال: «العمرى ميراث لأهلها» .

=

والنصوص بمضمونها تفيد مدلول القاعدة .

٤-ولأن ملكيتها ملكية تامة مطلقة، وهي تنقرض بموت صاحبها لانتهاء حاجاته، وتنقل إلى ورثته لتعلق حاجاتهم بها[١] .

خامسًا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

القاعدة تشمل جملة من الأشباه والنظائر الفقهية، منها:

١-يملك الموهوب له الهبة، فإذا مات الموهوب له ينتقل ملكه إلى ورثته[٢] .

٢-**ومنها**: الصداق تملكه المرأة في حياتها، وإذا ماتت قبل قبضها ينتقل ملكه إلى ورثتها لاستقرار ملكها فيه .

٣-**ومنها**: مسألة العمرى، وقد سبق بيانها .

٤-**ومنها**: مسألة الرقبى وهي أن يقول: هذا لك عمرك، فإن متَّ قبلي رجعَ إليَّ، وإن مت قبلك فهو لك، ومعناه: هي لآخرنا موتًا[٣]، اختلف الفقهاء في جوازها على قولين:

القول الأول: إنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المُعْمِرِ، وهذا مذهب الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٦] .

وذلك قياسًا على العمرى، وقد دلت الأخبار على جواز العمرى .

القول الثاني: إنها باطلة وهو قول الحنفية[٧]، والمالكية[٨] .

لأنه تعليق التمليك بالخطر وهو لا يجوز[٩] .

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ٢٨٣) .

(٢) انظر: المغني: (٨/ ٢٤٢) وما بعدها .

(٣)انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٨٦) .

(٤) انظر: فتح الوهاب: (١/ ٤٤٧) .

(٥) انظر: المغني: (٨/ ٢٨٦)، والإنصاف: (٧/ ١٣٦)، وكشاف القناع: (٤/ ٣٠٨) .

(٦) انظر: الهداية: (٣/ ٢٣٠) .

(٧) انظر: المبسوط: (١٢/ ٨٩)، والهداية: (٣/ ٢٣٠)، وبدائع الصنائع: (٦/ ١١٧) .

(٨) انظر: الهداية: (٣/ ٢٣٠) .

(٩) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١١٧) .

والأظهر هو القول الأول لدلالة النص عليه، والله أعلم .

المبحث الثالث: قاعدة: ملكية العين لا تقبل التوقيت بخلاف ملكية المنفعة

هذه القاعدة كسالفتها من القواعد التي تختص بخصائص الملكية وتحديدها بمدة معينة، وهي تعالج أيضاً حكم انتقال الملكية في الأملاك التي تحتمل التوقيت، والقاعدة لتعلقها بأحكام ملكية الأعيان وملكية المنافع تحتل مكانة مرموقة في مضمونها وبابها.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة لم يشر إليها الفقهاء القدامى، إنما هي من صنيع الفضلاء المعاصرين، ولكن عبارات الفقهاء المتقدمين وتعليلهم بمعناها وتفريعهم عليها توضح تأصيل هذه العبارة، والقاعدة بمدلولها وردت في كثير من كتب المعاصرين(١).

ذكر الأستاذ علي الخفيف: «ثانياً: أنه حق دائم لا يقبل التوقيت كما لا يقبل الإسقاط... أن ملك العين سواء أكان ملكاً تاماً أم ناقصاً ملك دائم لا ينتهي، فلا تعود الأعيان المملوكة مباحة لا مالك لها.. وهذا ما تقضي به الشريعة الإسلامية، فالملك التام أو ملك العين على العموم لا يقبل التوقيت ولا يجوز الاتفاق على ذلك، والاتفاق عليه باطل، أما ملك المنفعة فإنه يقبل التوقيت اتفاقاً»(٢).

وفي المبسوط(٣) عبارات توضح أن التوقيت في الأعيان يخالف مقصود ملكها فقال: «أن اشتراط الخيار في معنى التوقيت ألا ترى أن ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك إلى ما بعد مضي المدة ويصير العقد في حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافاً وإضافة النكاح إلى وقت في المستقبل لا يجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح».

ومنها: «التوقيت لأن العقد يرد على منفعة الأرض أو على منفعة العامل بعوض والمنفعة لا يعرف مقدارها إلا ببيان المدة فكانت المدة معياراً للمنفعة بمنزلة الكيل والوزن وهذا بخلاف

---

(١) انظر: المدخل الفقهي: (١/ ٢٧٢)، والملكية للشيخ علي الخفيف: (١/ ٧٩)، والملكية ونظرية العقد: ص(٧٤)، والملكية في الشريعة الإسلامية: (١/ ٤٥٦)، وموسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٦٥).

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للخفيف: ص(٨٤، ٨٨، ٩٥) بحذف وتصرف.

(٣) المبسوط للسرخسي: (٥/ ٩٥).

=

المضاربة فإن هناك بالتصرف المال لا يصير مستهلكاً فلا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم كذلك العقد وهنا البذر يصير مستهلكاً بالإلقاء في الأرض فبنا حاجة إلى القول بلزوم هذا العقد لدفع الضرر من الجانبين ولا يكون ذلك إلا بعد علم مقدار المعقود عليه من المنفعة»[1].

وما جاء في الهداية يعضد هذا المعنى كذلك: «أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع... وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ... وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص»[2].

وجاء في بدائع الصنائع[3] ما يقرر أن ملكية العين للتأبيد: «وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى أحد فلا تحتمل التوقيت كالإعتاق وجعل الدار مسجداً» .

«ولو أضاف الوكالة إلى ما بعد موته جاز حتى يكون وصياً بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لأن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة لأنها تمليك المنفعة بغير عوض ثم الإعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية»[4].

هذه العبارات وغيرها تؤكد مضمون القاعدة والله أعلم.

ثانياً: مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- ملكية العين:

المقصود بملكية العين هو ثبوت الملك في عين من الأعيان بسبب من أسباب الملك، ومن الأمور المقررة أن من ملك عيناً فإن ملكه لها يكون شاملاً لملك رقبتها ومنفعتها فإذا ملك الإنسان عيناً من

---

(١) المبسوط للسرخسي: (٢٣/ ١٩).

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي: (٣/ ١٥)، بحذف وتصرف.

(٣) بدائع الصنائع: (٦/ ٢٢٠).

(٤) بدائع الصنائع: (٧/ ٣٥٢).

الأعيان بسبب من أ سباب الملكية التامة يملك منفعتها بذلك الملك؛ لأن ملكية العين تستلزم ملكية المنفعة، إما حالاً أو مآلاً دون العكس أي أن ملك المنفعة لا يستتبع ملك العين، لأن الشخص قد يملك منافع شيء دون أن يملك عينه كما في الإجارة والوصية بالمنافع، والوقف والعارية(١).

ب-ملكية المنفعة:

المقصود بملكية المنفعة هنا هو ثبوت الملك في منفعة العين دون رقبتها.

وهي تستلزم استيفاء المنفعة لصاحبها، ولا تستلزم ملكية العين(٢).

والمنفعة هي فائدة الشيء إذا كانت مما يتشوفه الكل طبعاً(٣).

وملكية المنفعة ولو لم تستلزم ملكية العين إلا أنها تستوجب حيازة العين التي تعلق بها الملك عندما يكون ذلك هو السبيل إلى استيفائه(٤).

ج-التوقيت:

التوقيت تفعيل من الوقت، يقال: وقّته أي جعل له وقتاًيفعل فيه(٥).

والتوقيت والتأقيت بمعنى التحديد ومنه الميقات(٦).

وفي الاصطلاح هو التقدير للشيء زماناً(٧)، وهو ضد التأبيد.

والمقصود به في القاعدة هو تقييد ملك المنفعة بالزمن والمكان والصفة والنوع(٨).

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة باللفظ المذكور تدل على خاصية من خصائص كل من ملكية العين، وملكية المنفعة.

---

(١) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الخفيف: ص(٨٧) وما بعدها.

(٢) انظر: نظرية الملكية والعقود للدكتور بدران: ص(٣١٢).

(٣) الكليات للكفوي: ص(٦٧٠).

(٤) انظر: الملكية للأستاذ الخفيف: ص(٩٩-٩٨).

(٥) المعجم الوسيط: ص(١٠٤٨)، والمصباح المنير: ص(٢٥٦).

(٦) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ١٥).

(٧) التعريفات الفقهية للبركتي: ص(٦٤).

(٨) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الخفيف: ص(٩٧).

وهي تفيد أن الأعيان التي ثبت فيها الملك فإن ملكيتها تثبت مؤبدة، وهي لا تقبل التوقيت بل ملكيتها على الدوام ولا يجوز أن تتوقت ملكية الأعيان بوقت معين أو مدة معلومة، كما أنه لا يجوز اتفاق المتعاقدين على ذلك.

وأن ملكية المنفعة لا تكون مؤبدة وهي تقبل التوقيت، وملكيتها تتقيد بمدة معلومة وتخالف ملكية العين في قبول التوقيت، والأصل في ملك المنافع التوقيت، فإذا ثبت بسبب من أسباب ثبوته فإنه يثبت محدداً بوقت معين تعود بعدها المنفعة لتتبع العين.

وهي -القاعدة- بمفهومها تدل على أن اشتراط التوقيت في ملكية الأعيان يكون مفسداً للعقد الذي ينقل الملك، لأن اشتراطه مخالف لمقتضى هذه الملكية. وأما اشتراط التأبيد في ملكية المنفعة كذلك لا يفيد ملك العين، وقد يكون مفسداً للعقد لأنه مخالف لمقتضى ملك المنفعة.

والقاعدة بمضمونها تشير إلى أن ملك العين ينفرد عن ملك المنفعة في الشريعة الإسلامية بأمور منها[1]:

١-ملك العين لا يحتمل التوقيت ولا التقييد، بخلاف ملك المنفعة، فإنه يجوز أن يوقت بمدة معلومة، وكذلك يقيد بأن يقيد الموصي انتفاع الموصي له بمنفعة دابة بركوبها فقط وهكذا.

٢-ملك العين يقبل التوارث بلا خلاف بخلاف ملك المنفعة وهو لا يقبل التوارث عند الحنفية[2]، خلافاً للجمهور[3].

٣-ملك العين لا يقبل الإسقاط بخلاف ملك المنفعة[4].

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة والعمل بها.

هذه القاعدة كسابقتها في الحكم، لأنها وردت في توكيد مضمون القاعدة السابقة، وأصول المذاهب الفقهية لا تخالف مضمونها في الجملة[5].

---

(١) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الخفيف: ص(٩٨) وما بعدها.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٣٨٦)، وشرح فتح القدير: (٧/ ١٠١).

(٣) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٢١٣)، وشرح منح الجليل: (١/ ٥٨٥)، ونهاية المحتاج: (٨/ ١٢٧)، والفروع: (٢/ ٢/ ٨٤٩)، وكشاف القناع: (٤/ ١٣٤).

(٤) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي الخفيف: ص(٩١).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٦٣)، ومغني المحتاج: (٢/ ٣٨٥-٣٨٣)، والمغني: (٨/ ١٨٩-١٨٨)، وغاية المنتهى: =

إلا أنهم اختلفوا في تأبيد الوقف على قولين:

القول الأول: يشترط في الوقف أن يكون على التأبيد. وهذا مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة في المذهب(٣).

وذلك لأن الوقف إزالة الملك لا إلى أحد، فلا يحتمل التوقيت كالإعتاق وجعل الدار مسجداً(٤).

القول الثاني: إنه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف، فيصح الوقف مدة معينة وهذا مذهب المالكية(٥)، والحنابلة في وجه(٦).

الذي يظهر لي هو القول بأن الوقف على التأبيد لا على التوقيت، وذلك لأن المقصود من شرعية الوقف هو التصدق الدائم، وهو يقتضي أن يكون إنشاء الوقف على سبيل التأبيد.

وعلى هذا فالمالكية والحنابلة في وجه يخالفون هذا الأصل في هذه المسألة. والله أعلم بالصواب.

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يأتي:

١-قوله ﷺ: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»(٧).

وجه الدلالة منه أنه ﷺ جعل الملك له على التأبيد ولم يقيده بوقت أو مدة معينة.

٢-قوله ﷺ: «**إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث**»(٨).

(٢/ ٣٠٤).

(١) انظر: الدر المختار: (٣/ ٣٩٤، ٣٩٨)، وفتح باب العناية: (٢/ ٥٦٩)، وبدائع الصنائع: (٦/ ٢٢٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٣٨٥-٣٨٣)، وتحفة المحتاج: (٦/ ٢٥٣-٢٥٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢١٧)، والكافي لابن قدامة: (٢/ ٤٥٠-٤٤٩)، والإنصاف: (٧/ ٣٥)، ومعونة أولي النهى: (٥/ ٧٨٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٢٢٠).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ٨٧)، وشرح الخرشي: (٧/ ٩١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢٠٨).

(٦) انظر: الإنصاف: (٧/ ٣٥)، والفروع: (٤/ ٥٨٨).

(٧) الحديث سبق تخريجه.(١٨٩)

(٨) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (٣/ ٢٦٠)، في باب الشروط في الوقف من كتاب الشروط، وفي (٤/ ١٢-١١)، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وباب الوقف كيف يكتب من كتاب الوصايا، ومسلم في صحيحه: (٣/ ١٢٥٥- =

وجه الدلالة منه ظاهر حيث أنه جعل سبيل الوقف على التأبيد.

القسم الثاني من القاعدة وهو أن ملك المنفعة يحتمل التوقيت، ولا يكون على سبيل التأبيد، يمكن أن يستدل لهذا القسم بما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ﴾[١].

وقد جعل الإجارة بمدة ثمانية أعوام في مقابل النكاح، والإجارة بيع المنافع وهو احتمل التأقيت هنا.

٢-قوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[٢].

وجه الدلالة من الحديث أنه دل على أن العارية تكون مؤقتة، فإذا انتهت مدتها يجب على المستعير ردها إلى مالكها.

٣-ولأن المنافع في الأصل تتبع الأعيان، فملكيتها بدون اعيانها ملكية ناقصة، وتمام ملكيتها يقتضي ملكية أعيانها، أو رجوعها إلى أصحابها، وهذا يوجب أن تكون ملكية المنافع مؤقتة وإلا لا تكون أية فائدة في ملكية الأعيان. والله أعلم

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت القاعدة مسائل فقهية من أشباهها ونظائرها وهي تشتمل على قسمين من المسائل الفقهية:

القسم الأول: مسائل ملكية الأعيان باعتبار أنها للتأبيد لا للتوقيت:

١-الوقف أو الشيء الموقوف لا يحتمل التوقيت لأنه من باب ملكية العين لا من باب ملكية المنفعة[٣].

١٢٥٦) في باب الوقف من كتاب الوصية من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

(١) الآية: (٢٧) من سورة القصص.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٥) في باب في تضمين العارية من كتاب البيوع، والترمذي في سننه (٥/ ٢٦٩) في باب ما جاء في أن العارية مؤداة من كتاب البيوع، وابن ماجه في سننه (٢/ ٨٠٢) في باب العارية من كتاب الصدقات. قال الترمذي: «حديث حسن صحيح» وقال الحاكم: «صحيح الإسناد على شرط البخاري»، ولكن الألباني ضعف الحديث، انظر: إرواء الغليل (٥/ ٣٤٨).

(٣) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (٤١٢-٤١١-١٦).

٢-**ومنها**: لو قال: وقفت داري سنة أو إلى يوم يقدم الحاج لا يجوز الوقف لأن مقتضى الوقف التأبيد وهذا ينافيه(١).

٣-**ومنها**: لو اشترط في المبيع التوقيت فلا يصح البيع.

القسم الثاني: مسائل ملكية المنافع باعتبار أنها تقبل التوقيت:

هناك عدة مسائل منها:

١-العين المستأجرة؛ يملك المستأجر منفعة العين المؤجرة خلال الإجارة، وبعد انتهاء مدتها يرجعها إلى مالكها(٢).

٢-**ومنها**: المستعير يملك منفعة العين المستعارة في مدة الإعارة على القول أن الإعارة تمليك المنفعة(٣).

قال ابن قدامة: «ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه، وليس له أن يعيره غيره»(٤).

٣-**ومنها**: المزارعة، فإن المزارع يملك منفعة الأرض بعوض، وذلك في مدة المزارعة ويجب عليه ردها عند انتهاء مدة المزارعة(٥).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢١٧) والشرح الكبير للمقدسي: (١٦/ ٤١٧-٤١٦).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٥).

(٣) انظر: فتح باب العناية: (٢/ ٤٤٩-٤٤٨)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٣٤٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٧٨-١٧٧)، والشرح الصغير: (٢/ ١٧٨)، ومواهب الجليل: (٥/ ١٧٧-١٧٦)، والمقنع: (٢/ ١٩٢-١٩٣).

المبحث الرابع: قاعدة: زوال سبب الملك موجب لزوال الملك

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بزوال الملكية وانتقالها، وهي قاعدة قليلة المبنى وجامعة المعنى، وهي تشير إلى مسائل الأعيان التي زال عنها ملك أصحابها، ثم انتقلت إلى ملك جديد، وهي لأهميتها بمضمونها ومدلولها لها دور فعالٌ في أحكام انتقال الملك.

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد التي وردت في مواطن تعليل الفقهاء للمسائل الفرعية، وهي باللفظ المذكور ذكرها الماوردي في الحاوي الكبير[1]، وكذلك ذكرها الندوي في موسوعته المشهورة[2]، وللفقهاء رحمهم الله عبارات تؤكد مضمون هذه القاعدة.

ومنها ما قال الكاساني: «أن الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشيءمع وجود سبب زواله فكان الكسب في الردة مالاً لا مالك له فلا يحتمل الإرث فيوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة»[3].

ومنها قال في المبسوط[4]: «وكذلك المبيع قبل القبض إذا اكتسب كسباً ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشتري وعندهما هو للبائع وحجتهما في ذلك أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد ما بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا. وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ما انفسخ سبب الملك لها في الأصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة لها» .

قال ابن قدامة: «وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده

---

(١) الحاوي الكبير: (١٥/ ٥٤).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ١٩٦).

(٣) بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٨).

(٤) المبسوط للسرخسي: (٥/ ٧١).

فأ شبهت الوديعة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولاً ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالأول ولا يملك الأول انتزاعها لأن الملك مقدم على حق التملك وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول لأنه لم يفرط وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال: عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً، لأن الأول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستنيب له في التعريف ويملكها الأول لأنه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الأول وإن قال: عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً، وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي»[1].

وكذلك أشار النووي في المجموع ما يؤكد مضمون هذا الأصل فقال: «لو ألقى كسرة خبز معرضاً عنها فهل يملكها من أخذها... قالوا: وهما مرتبان على إرسال الصيد وأولى بأن لا تملك بل تبقى على ملك الأول الملقي لأن سبب الملك في الصيد اليد وقد أزالها ورده إلى الإباحة.. هذا الخلاف في زوال الملك وأما الإباحة فحاصلها لمن أراد أكلها على ظاهر المذهب لأن القرائن الظاهرة كافية في الإباحة»[2].

ومن تلك العبارات الدالة على أصل القاعدة: «ولو انسل انسان عنده شبكة فتعلق بها صيد ففيه وجهان، ولو دخلت سمكة بركة إنسان فإن سد المنافذ وهو ضيق ملك وإن كان واسعاً لم يملك، ونزل منزلة التحجر هذا هو سبب الملك. أما زواله فلا يزول الملك بانفلات الصيد عن يده أو عن شبكته ولا بإطلاقه إياه ولو قصد تحريره ففيه وجهان: أحدهما: أن ملكه قائم كما لو أعتق حماره. والثاني: أنه يزول لأن للصيد منعة واستقلالاً ولو أعرض عن كسرة خبز فأخذها غيره فهل يملك ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك»[3].

هذه العبارات وغيرها تلقي الضوء على أن أصل هذه القاعدة مما اعتنى به الفقهاء قديماً، وهي قاعدة يستمر العمل بها في بابها.

---

(١) المغني لابن قدامة: (٦/ ١٦).

(٢) المجموع شرح المهذب: (٩/ ١٣٢).

(٣) انظر: الوسيط للغزالي: (٧/ ١٢٠).

=

ثانياً: شرح مفردات القاعدة:

أ-**الزوال**: معناه في اللغة: التحول، والانتقال، ويقال: زال من مكانه، وعنه واضمحل، وزالت الشمس: أي مالت عن كبد السماء، ومنه الزوال هو الوقت الذي تكون فيه الشمس في كبد السماء(١).

والمقصود بالزوال هنا معناه اللغوي وهو الذهاب والاستحالة.

ب-زوال سبب الملك مثل الإحياء، والبيع، والإرث، والتولد ونحو ذلك.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بصيغتها المذكورة تنص على أن سبب الملك الذي ثبت به الملك في العين وغيرها إذا ذهب وانتقل فإنه يكون موجباً لزوال ملكه، وانتقال ملكه إلى غيره، لأن الأصل في الشريعة أن الأعيان المملوكة لا ينتقل عنها ملك أصحابها إلا باختيارهم كما أن الأصل يقرر أن الأملاك المستقرة لا ينتقل ملكها إلى غير مالك. وعلى هذا زوال سبب الملك موجب لزوال ملك المالك وكذلك هو موجب لانتقال ملكه إلى غيره، فيكون موجباً لثبوت ملك المتملك.

والقاعدة بمدلولها تفيد أنه إذا ثبت في شيء ملك أحد بسبب من أسباب الملك المشروعة فإن ملكه لا يزول ما لم يثبت زوال سببه، وهي بعبارتها المصوغة تفيد أيضاً أنها تتعلق بأسباب الملك المنشئة مثل الإحياء والإقطاع وتملك اللقطة.

ويشترط في زوال سبب الملك:

١-أن يكون زوال سبب الملك ظاهراً لا يحتمل غيره.

٢-أن يكون زواله باختياره وقصده.

٣-أن لا يكون زواله إسقاطاً فيما لا يقبل الإسقاط مثل الإرث واستحقاق المال الموقوف ونحو ذلك.

والخلاصة أن معنى القاعدة يسوغ أن يكون بعبارة أن زوال ملك المالك موجب لسقوط حقه في ملكه، ومفيد لانتقال مكله إلى غيره.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها والعمل بها:

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(٩٨)، والقاموس المحيط: ص(١٣٠٦)، والمعجم الوسيط: ص(٤٠٨-٤٠٧).

القاعدة بهذا الإطلاق لا تخالفها أصول المذاهب الفقهية في الجملة[١]، وإن كان تخريجهم وتفريعهم على القاعدة في بعض مسائلها يوحي إلى وجود خلاف في اعتبار القاعدة وصحتها.

كما أن تكييفهم لزوال سبب الملك يومي إلى أن الخلاف لا يزال قائماً في تحديد زوال سبب الملك وبالتالي انتقاله إلى غيره.

والقاعدة مبنية على مسألة ذكرها الإمام الشافعي رحمه الله، كما ذكرها المزني في مختصره[٢]، وهي من أحرز صيداً فأفلت منه، فصاده غيره فهو للأول. قال الماوردي: «وهذا كما قال إذا ملك صيداً بالاصطياد أو بابتياع، وأفلت منه لم يزل ملكه عنه سواء طال مكثه أو قصر وسواء بعد عنه في البر أو قرب من المصر، وسواء كان من الطير أو من الدواب، وهذا مذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

واستدلوا بما يأتي:

١-بأنه يملك الصيد بالابتياع كما يملك بالاصطياد، فلما لم يزل به الملك عما ابتاعه بالانفلات لم يزل به الملك عما صاده[٦].

٢-ولأنه يملك عبده بالسبيء، ولا يزول ملكه عنه بالرجوع إلى دار الحرب كذلك الصيد إذا ملكه بالاصطياد لم يزل ملكه عنه بالانفلات[٧].

٣-ولأنه لو وسم الصيد قبل انفلاته لم يزل ملكه عنه بعد وسمه فوجب أن لا يزول به قبل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٨)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٢٣)، والحاوي الكبير: (١٥/ ٥٤)، والمغني لابن قدامة: (٦/ ١٦)، وكشاف القناع: (٤/ ٢١٤).

(٢) مختصر المزني: (١٥/ ٥٣)، مع الحاوي الكبير للماوردي.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٢١) وما بعدها، وشرح فتح القدير: (٣/ ٣١-٣٠).

(٤) انظر: الحاوي الكبير: (٤٥-١٥) وما بعدها، ومغني المحتاج: (٤/ ٢٧٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٦٥٣، ٥٦٤)، وكشاف القناع: (٦/ ٢٢٦).

(٦) انظر: الحاوي الكبير: (١٥/ ٥٤).

(٧) انظر: المصدر السابق.

=

وسمه؛ لأن الوسم لما لم يؤثر في ثبوت الملك لم يؤثر في زواله[١].

وخالفهم فقهاء المالكية في جزئية، فقالوا: إن بعد في البر مع قرب المكث زال ملكه عنه، وكذلك إن كان هروبه هروب توحش[٢].

وذلك لأن الإمساك سبب الملك، فإذا زال بالانفلات زال به الملك بحيث طبقوا القاعدة على هذا المثال.

ولأنه لو بقي على ملكه بعد انفلاته يحرم صيد البر لجواز اختلاطه بمنفلت فحرم وفي إجماعهم على إباحة صيده دليل على أن المنفلت عائد في الإباحة إلى أصله[٣].

وكذلك اختلفوا في مسألة الإرسال: صورتها أن يرسل المالك صيده بعد إحرازه وتملكه وهل هذا الإرسال يعتبر سبباً لزوال الملك فيكون موجباً لزواله أم لا؟

اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يزول ملكه بإرسال المالك له، وأن الصيد لا يخرج عن ملك صاحبه بالإرسال أو الإعتاق.

وهذا مذهب الحنفية[٤]، والشافعية في الأصح[٥]، والحنابلة في المذهب[٦]، لأن رفع اليد عنه لا يقتضي زوال الملك عنه كما لو أرسل بعيره.

القول الثاني: أنه يزول ملكه بالإرسال وهو مذهب المالكية[٧]، والشافعية في القول الثاني[٨]، وهو احتمال عند الحنابلة[٩].

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ٢٢٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير: (١٥/ ٥٤).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٢٢١).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (٤/ ٢٧٩).

(٦) انظر: المغني: (٨/ ٥٦٤-٥٦٣)، وكشف القناع: (٦/ ٢٢٦).

(٧) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ٢٢٣).

(٨) انظر: مغني المحتاج: (٤/ ٢٧٩).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٥٦٤-٥٦٣).

=

وذلك لأن الأصل الإباحة والإرسال يرده إلى أصله(١).

ويأتي بيان المسألة في قاعدة الترك والله ولي التوفيق.

وإذا ثبت هذا علم أن الاختلاف لا ينقلب إلى أصل القاعدة، وإنما الخلاف عائد لتخريجها. والله أعلم.

خامساً: الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة:

القاعدة تحوي بأطرافها مسائل كثيرة من باب زوال سبب الملك، أذكر هنا جملة منها:

١-لو غنم المسلمون من الكفار شيئاً عليه علامة المسلمين ولم يعرف صاحبه فهو غنيمة تجوز قسمته لأنه قد وجد سبب الملك وهو الاستيلاء ولم يتحقق ما يمنعه بل ثبت فيه زوال سبب الملك. فإن كان فيها شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد إلى أهله لأنه قد عرف مصرفه(٢).

٢-**ومنها**: لو التقط اللقطة الضائعة شخص آخر لزمه ردها إلى الأول مع علمه فإن لم يعلم حتى عرفها حولاً ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك له كالأول ولا يملك الأول انتزاعها منه، فإن جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول فإن علم الثاني بالأول فردها وأبى أخذها وقال: عرفها أنت فعرفها ملكها، وإن قال: عرفها وتكون ملكاً لي أو بيننا صح(٣).

٣-**ومنها**: لو اصطاد صيداً ثم أعرض عنه فجاء آخر فأخذه هل هو للأول أم للثاني على أنه تملكه؟ تخرج على هذا الأصل(٤).

٤-**ومنها**: لو استولى المسلمون على أملاك الكفار فإن ملك الكفار قد يزول عنها لزوال سبب ملكهم؛ بدليل أنه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة ولا يصح تصرفهم فيها ولم يزل ملكهم إلا غير مالك إذ ليست في هذه الحالة مباحة علم أن ملكها زال إلى الغانمين(٥).

٥-**ومنها**: لو قال رجل لجاريته: كل ولد تلدينه فهو حر، فما ولدته في ملكه فهو حر؛ لأن ملك

---

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة: (٤/ ٣١٣).

(٣) انظر: المبدع: (٥/ ٢٧٨)، وكشاف القناع: (٤/ ٢١٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ٢٥)، وروضة الطالبين: (٣/ ٢٥٧).

(٥) انظر: المغني: (٩/ ٣٠٨).

الأم سـبب لملك الولد فإن الجنين يتبع الأم في الملك وقيام سـبب الملك عند التعليق كقيام الملك في صحة التعليق. ألا ترىٰ أن في اليمين المضاف جعل التعليق بسبب الملك وهو الشراء كالتعليق بالملك ولو كان الملك موجوداً في المحل الذي يلاقيه وقت التعليق كان التعليق صـحيحاً فكذلك إذا كان سـبب الملك موجوداً ولا يعتق ما لم تلد لأنه جعل شرط العتق الولادة وإن مات المولىٰ وهي حبلىٰ ثم ولدته لم تعلق لأنها صارت ملكاً للوارث بالموت فإنما وجد الشرط بعد زوال ملك المعتق(١).

٦-**ومنها**: لو باع المشـتري من غيره ثم اشـتراه ثم وجد به عيباً لم يرده علىٰ البائع الأول فدل أن تبدل سبب الملك كتبدل العين وهو كذلك موجب لزوال الملك(٢).

٧-**ومنها**: لو باع الهازل ملكه مع هزله علىٰ أنه غير راض بأصل البيع لأن البيع ا سم للجد الذي له في الشرح حكم والهزل ضد الجد فإذا تصادقا علىٰ أنهما لم يباشرا ما هو سبب الملك لا ينعقد البيع بينهما موجباً للملك(٣).

٨-**ومنها**: لو أقر بعبد في يده أنه ابن فلان أودعه إياه، أو قال: هو حر لم يملك فالقول قوله لأنه نفىٰ ملكه عن هذا العين ولم يظهر له فيه سـبب الملك فإن الظاهر كونه في يده واليد في الآدمي لا تكون دليل الملك، فزوال سبب الملك بإقراره موجب لزوال ملكه(٤).

٩-**ومنها**: لو ملك المسـروق قبل القطع فهل يوجب الملك لزوال ملك المسـروق منه، ولا يجب عليه القطع أم لا؟ قيل: لا يوجب الملك لأنه ضمان دم ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين(٥).

١٠-**ومنها**: لو سرق المشـتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم أسـقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك وهو أن السرقة تمت علىٰ عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق(٦).

١١-**ومنها**: لو ند طائر من مشـتر فهو للثاني لسـبب زوال ملك الأول، وكذلك لو صـاد طائراً في

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (٧/ ١٣١).

(٢) انظر: المبسوط: (٩/ ١٦٦).

(٣) انظر: المبسوط: (٢٤/ ٥٥).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٥/ ٧٥).

(٥) انظر: الهداية شرح البداية: (٢/ ١٠٤).

(٦) انظر: شرح فتح القدير: (٥/ ٤١٨).

=

رجله ســـاقان أو ظبياً في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك ثم ينظر فإن كان هروبه ليس هروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصــيد خاصة لصائده دون ما عليه[1].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ٢٢٣).

المبحث الخامس: قاعدة: الملك لا يزول إلا بقبول المتملك

هذه القاعدة تتعلق بانتقال الملك أيضـاً، وهي تفيد أحكام زوال الملك في الهبات والعطيات وما إلى ذلك.

دراسة القاعدة تكون على الوجه التالي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة بـ صيغتها المذكورة أ شار إليها الماوردي في كتابه فقال: "ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها، لتكون أمانة لصاحبها، لم يسقط عنه ضمانها، وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان: أحدهما: لا يرتفع ملكه؛ لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك، فعلى هذا يكون مالكاً لما حدث من درها ولبنها لبقائها على ملكه.

والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها، وذلك أحوط لمالكها.

فوجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكاً لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل»[1].

وجاء في المغني ما مفاده[2]: «تدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالميراث وقيل: إنها لا تدخل في ملكه قبل الاختيار، وذلك لأن هذا تملك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المتملك، ولو أخذها ثم ردها إلى موضعها ضمنها، لأنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها ، فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة، وتركها في موضعها تضييعها...» .

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- القبول:

القبول في اللغة: بالفتح والضم من قبل الشيء قَبولاً وقبولاً: أخذه عن طيب خاطر، يقال قبل الهدية ونحوها، قبلت القول: صدّقته، وقبلت القابلة الولد: تلقته عند خروجه[3]،والقبول من

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ٨-٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١-٣٠٠، ٣١٤، ٣١٥).

(٣) انظر: المصباح المنير: ص(١٨٦)، ومختار الصحاح: ص(٥٢٠).

الرياح: الصبا، وأقبلنا على الإبل: إذا استقينا على رؤوسها[١]، وقبل العمل: رضيه.

فالقبول هو الرضا بالشيء وميل النفس إليه، وقبل الله الدعاء: استجابه[٢].

القبول في الاصطلاح:

قال صاحب التعريفات الفقهية: هو ثاني كلام من أحد العاقدين بعد الإيجاب لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد[٣].

والقبول ا ستعمله الفقهاء في معناه اللغوي علامة على الرضا بالشيء في العقود كالبيع والإجارة ونحو ذلك، وبمعنى تصديق الكلام، وذلك كما في الشهادة ويشمل الأخذ والإحراز والاختيار وما يدل على ذلك[٤].

والمقصود بالقبول في القاعدة هو ما يدل على اختيار التملك بقبوله الملك مثل الأخذ، والإحراز، والسيطرة على الشيء، والله أعلم بالصواب.

ب- المتملك:

وهو ا سم فاعل من التملك، يقال: تملك الـ شيء: إذا امتلكه، وملكه قهراً[٥]، والمتملك هو الذي يريد إثبات الملك على شيء ما ولم يثبت ملكه بعد، وأما المالك فهو الذي ثبت ملكه في شيء، وهو صاحب الملك.

ويظهر هذا الفرق في المثال الآتي:

وهو أن يوصي رجل لآخر شيئاً، فالموصي هنا المالك أي صاحب الملك، والموصى له هو المتملك قبل قبول الوصية، ويطلق أيضاً على المفترض لنفسه الملك لشيء ما مثل المتلقط إذا أراد تملك اللقطة[٦].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(٨٤٢).

(٢) انظر: المصباح المنير: ص(١٨٦)، ومختار الصحاح: ص(٥٢٠).

(٣) انظر: التعريفات الفقهية: ص(١٧٠)، شرح المجلة، المادة: (١٦٨): (١/ ٧٦) .

(٤) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه: (٤/ ١١، ٣٧٦، ٥٠٨، ٥٠٩، ٧٠٦)، والحطاب: (٦/ ١٥١)، وحاشية الجمل: (٣/ ٨)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢)، والمغني: (٣/ ٥٦١).

(٥) انظر: المعجم الوسيط: ص(٨٨٦).

(٦) انظر: جواهر الإكليل: (٢/ ٢١٨).

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن زوال الملك وانتقاله لا يكون إلا إذا حصل قبول المتملك في ذلك، فالملك يتوقف على قبوله واختياره فإن لم يحصل منه قبول الملك فلا يزول ملك المالك ولا يبرأ من ضمانه. وذلك لأن الملك لا يجوز انتقاله إلى غير مالك كما أن الشيء بعد ثبوت الملك فيه لا يعود مباحاً.

والقاعدة بمدلولها تشير إلى أنه يشترط في زوال ملك المالك قبول المتملك لذلك، وأن الملك لا يزول عن مالكه قبل ذلك وإن أراد المالك إزالة ملكه وإسقاطه.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار القاعدة وصحتها والعمل بها:

القاعدة بهذا الإطلاق اعتبرها الفقهاء رحمهم الله في الجملة[1].

ولكنهم اختلفوا في تخريجها على بعض الفروع، ومن تلك الفروع: مسألة اللقطة التي ينبني عليها أصل هذه القاعدة:

اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الملتقط إذا أخذ اللقطة ثم عرفها لا يزول عنها ملك صاحبها حتى يتملك الملتقط بالقبول والاختيار.

وهذا مذهب المالكية[2]، والقول الراجح عند الشافعية[3]، واختاره أبو الخطاب من الحنابلة[4].

وذلك لأن هذا تملك بعوض، فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء[5].

القول الثاني: يزول ملك صاحب المال بعد مضي مدة التعريف، ويدخل في ملك المتملك حكماً ولو لم يقبله.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق: (٣/ ٣٠٧)، و حاشية الدسوقي: (٤/ ١٢١)، والمدونة الكبرى: (٦/ ١٧٨)، والمهذب: (١/ ٤٤٨)، وروضة الطالبين: (٥/ ٢٩١)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٥) وما بعدها، وكشاف القناع: (٣/ ٣١٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ١٢١)، وجواهر الإكليل: (٢/ ٢١٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤١٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١-٣٠٠).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠).

=

وهذا مذهب الحنابلة[١]، وهو قول للشافعية[٢].

واستدلوا بقوله ﷺ: «**فإذا جاء صاحبها وإلا فهي لسبيل مالك**»[٣].

وجه الدلالة منه أنه لو وقف ملكها على تملكها لبينه له، ولم يجوز له التصرف قبله.

ولأن الالتقاط والتعريف سبب للتملك، فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكماً كالإحياء والاصطياد[٤].

القول الثالث: إنه لا يزول ملكها عن صاحبها، ولو بقبول المتملك بل يبقى على ملك مالكها وهذا مذهب الحنفية[٥].

وذلك لأن التمليك من المجهول لا يصح، وملك المبيح لا يزول بالإباحة[٦].

الذي يظهر لي هو القول بأن اللقطة تملك بعد الالتقاط والتعريف، وأن زوال ملكه لا يحتاج إلى قبول المتملك، وثمرة الخلاف في المسألة تظهر فيما لو تلفت اللقطة بعد الالتقاط وقبل قبول المتملك هل هي من ملك صاحبها أو من ملك الملتقط؟

والقاعدة تشير إلى أن الملك لا يزول عنها إلا بعد قبول المتملك. والله أعلم بالصواب.

و اختلفوا في مسألة اشتراط اختيار التملك لمن أراد ذلك على قولين:

القول الأول: إنه يتملك بدون اختياره، كدخول اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكمًا كالميراث، هذا مذهب الحنابلة[٧] وهو وجه للشافعية[٨].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤١٥).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٢/ ٢٥٣) من كتاب اللقطة.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠١).

(٥) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ٩٦)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٣٠٧)

(٦) انظر: فتح باب العناية: (٣/ ٩٦).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠)، والانصاف مع الشرح الكبير:

(٨) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٥).

=

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:[١]

١- لأن الالتقاط والتعريف سـبب للتملك، فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكمًا كالاحياء والاصطياد[٢].

٢-ولأنه سبب يملك به، فلم يقف الملك بعده على قوله، ولا اختياره، كسائر الأسباب وذلك لأن المكلف ليس إليه إلا مباشرة الأسـباب، فإذا أتى بها ثبت الحكم قهرًا وجبرًا من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف[٣].

القول الثاني: أنه يتملك باختيار التملك، فإن لم يختر التملك لم يملك، هذا مذهب الشـافعية[٤]، وهقد اختاره أبو الخطاب من الحنابلة[٥].

استدل أصحاب القول الثاني، بما يلي:

١-بقوله ﷺ: «**فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها...**»[٦].

هذا اللفظ يدل على أنه ﷺ ردّ أمرها إلى اختياره، ولذا فلا يثبت له الملك إلا بعد الاختيار.

---

(١) انظر: المغني: (٨/ ٣٠١).

(٢) انظر: المغني: (٨/ ٣٠١)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٥).

(٣) انظر: المغني: (٨/ ٣٠١).

(٤) للشافعية في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يملكها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل.

والثاني: أنه يملكها باختيار التملك أو بالنية.

والثالث: أنه لا يملكها إلا بالاختيار والتصرف فيها، وهو ما لم يتصرف غير مالك.

انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٥)، وشرح صحيح مسلم للنووي: (١٢/ ٢٤٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠).

(٦) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صـحيحه: (٣/ ١٤٩، ١٦٣، ١٦٦-١٦٥) في باب إذا لم يوجد صـاحب اللقطة.. وباب إذا جاء صـاحب اللقطة ... وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة، برقم: (٢٤٢٧، ٢٤٢٩، ٢٤٣٨)، ومسلم في صحيحه: (١٢/ ٢٤٧) في باب معرفة العفاص والوكاء وحكم ضـالة الغنم والإبل من كتاب اللقطة، برقم: (٤٤٧٣)، برواية زيد بن خالد الجهني.

=

٢-لأن هذا تملك بعوضٍ، فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء[١] .

٣-ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنًا فاقتفىٰ إلّا ينتقل عن ما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له[٢] .

الذي يظهر لي -هو القول الأول- وهو أنه التملك يثبت حكمًا وذلك لدلالة الألفاظ الواردة في الحديث، ولصيانة المال من الضياع. والله أعلم الصواب .

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تنطبق علىٰ هذه القاعدة جملة من المسائل الفقهية منها:

١-لو باع رجل شيئاً من ملكه فإنه يثبت له تملك ثمن المبيع كما يثبت للمشتري تملك المبيع، وهو لا يحصل بمجرد الإيجاب من البائع بل لا بد من قبول المشتري وبه يحصل انتقال الملك من جانب البائع[٣].

٢-**ومنها**: الغنيمة لا يملكها الغانم إلا باختياره وقبوله، فلو أسقط حقه قبل القسمة وقبل قبوله لا يزول ملكه[٤].

٣-**ومنها**: لو أقرض رجلاً فإنه لا يملك القرض إلا بالقبض[٥].

٤-**ومنها**: لو أعتق رجل أمته علىٰ أن تزوج نفسها منه فقبلت، عتقت لأنه أعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض، كما لو باعها. وإن لم تقبل لا يزول ملكه عنها،[٦]

وكذلك إذا قال لها: أنت حرة علىٰ ألف درهم، فإنه يزول ملكه بقبول العوض، بخلاف ما إذا قال لعبده: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر، أنه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد، لأن ذلك ليس بمعاوضة بل هو

(١) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٤١٥)، والمغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٠) .

(٢) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٥) .

(٣) انظر: حاشية البجيرمي: (٢/ ١٦٥)، والمبسوط: (٧/ ١٤٣)، وشرح فتح القدير: (٤/ ٢٣٢).

(٤) انظر: الإنصاف: (٤/ ١٨٩).

(٥) انظر: الشرح الكبير للمقدسي: (١٢/ ٣٣١-٣٣٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٨١).

=

تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الأداء إليه ولم يوجد الشرط[١].

٥-**ومنها**: لو بقيت العطية بيد معطيها قبل القبول والقبض سنين فلا زكاة فيها لما مضى من الأعوام على واحد منهما . لا على المعطى -بالفتح- لعدم القبض، ولا على المعطي -بالكسر-، لأنه بقبول المعطى تبين أنها على ملكه من يوم الصدقة، ولذا تكون له الغلة من يوم العطية، وهذا عند بعض المالكية[٢].

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٢٨١).

(٢) انظر: الثمر الداني في شرح رسالة القيرواني: ص(٣٣٦).

المبحث السادس: قاعدة: انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بانتقال الملك في عقود المعاوضــات وهي تعالج أحكام ثبوت الملك في البدلين، سواء كان عوضاً أو معوضاً.

ودراسة القاعدة تأتي على الوجه الآتي:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها الماوردي في كتابه فقال: «هو أن الشـفيع يملك الشـقص عن المشتري، بدليل أنه لو تركه لكان مقراً لملك المشتري، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري. وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض، فوجب أخذه بالعهدة على البائع»[١]. وهي من القواعد التي اعتنى الفقهاء بالإشــارة إليها في مواطن التعليل.

والقاعدة وردت أيضاً بلفظ: المعاوضة تستلزم ملك العوض[٢]، وهناك عبارات تؤكد مضمون هذه القاعدة ومن تلك المؤكدات ما جاء في بدائع الصنائع[٣]: «ولأن المهر عوض عن الملك لأنه يجب بمقابلة إحداث الملك... وثبوت العوض يدل على ثبوت المعوض».

وقال أيضــاً: «وأما إذا اســتوفى المعقود عليه فلأنه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق»[٤].

وقد جاء في شرح فتح القدير ما يؤكد هذا المدلول: «حكم المعاوضــات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما إذا طلقها على مال فقبلت وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض وإلا اجتمع العوضــان في ملكه حكماً للمعاوضات وصار كالبيع[٥].

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (٧/ ٢٨٣).

(٢) انظر: الإنصاف للماوردي: (٦/ ١٣٤).

(٣) بدائع الصنائع: (٢/ ٣٣١).

(٤) بدائع الصنائع: (٤/ ٢٠٣).

(٥) شرح فتح القدير: (٥/ ٤).

=

وذكر ابن قدامة في الكافي ما يفيد هذا المعنى(١): «وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحاً ومهر المثل في الموضع الذي يجب فيه لأنه عقد يملك فيه المعوض بالعقد فملك العوض به كالبيع» .

وفي المبدع(٢): «وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة؛ لأن بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض وكالإجارة» .

ويقرر هذا المضمون ما يأتي أيضاً: «وتملك الزوجة الصداق المسمى بالعقد حالاً كان أو مؤجلاً لقوله عليه الصلاة والسلام : «**إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك**» (٣) فيدل على أن الصداق كله للمرأة ولا يبقى للرجل فيه شيء ولأنه عقد يملك به العوض فتملك به المعوض كاملاً كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع»(٤).

ويقرر هذا ما جاء في المبسوط أيضاً: «ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البدل الذي من جانبه عن ملكه من حكم العقد فإذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط فكذلك الآخر لمعنيين:

أحدهما: أنه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج العوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها بمحل النقل وذلك لا يجوز.

والثاني: أنه لو دخل في ملكه من غير أن يخرج البدل الآخر عن ملكه كان مالكاً بغير عوض، وليس هذا بموجب البيع إن ثبت الملك به بغير عوض، وإذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك إذن يكون ذلك عوضاً يلزمه عن ملك نفسه»(٥).

هذه العبارات وغيرها من الفقهاء -رحمهم الله- توضح بكل صراحة أن القاعدة بأصلها ولفظها مما استمر عليه العمل لدى الفقهاء.

---

(١) الكافي لابن قدامة: (٣/ ٩٣).

(٢) المبدع: (٧/ ١٩٢).

(٣) الحديث أخرجه أبو داوود في سننه : (٦/ ٣١٦) في باب في التزويج على العمل يعمل، من كتاب الصداق برقم: ٢١١١،٢١١٣ و هو حديث صحيح . انظر: إرواء الغليل: (٦/ ٣٤٥) .

(٤) المهذب: (٢/ ٧٥) وكشاف القناع: (٥/ ١٠٤)، ومنار السبيل: (٢/ ١٧٥).

(٥) المبسوط للسرخسي: (١٣/ ٦٥).

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-معنى العوض لغة واصطلاحاً:

العوض في اللغة: مصدر عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضة وهو البدل واحد الأعواض، قال: عاضه وأعاضه وعوّضه تعويضاً وعاوضه أي أعطاه العوض، واعتاض وتعوّض أخذ العوض، واستعاض أي طلب العوض[(١)]، واعتاضه: جاءه طالباً للعوض والعوض كعنب: الخلف، ومنه المعاوضة: مقابلة العوض. يقال: عاوضه: أعطاه عوضه[(٢)].

فعاوضه: أعطاه إياه.

العوض في الاصطلاح: هو مطلق البدل، وهو ما يبذل في مقابلة غيره[(٣)].

ويطلق على الثمن، وهو اسم لما هو عوض عن المبيع، والثمن أخص من العوض[(٤)].

والمعوض مفعول من التعويض، وهو المستحق بالعوض في عقد المعاوضة، مثلاً: الصداق عوض في عقد النكاح، والبضع معوض فيه، كما أن الثمن عوض والمبيع معوض في عقد البيع.

والعوض هو البدل، والمعوض هو المبدل منه[(٥)].

ب-قولهم: تمليك المعوض:

المقصود بتمليك المعوض هو ثبوت الملك في الشيء الذي يقابل العوض، والمعوض قد يكون مالاً مثل المبيع، وقد يكون منفعة مثل الإجارة، وقد يكون انتفاعاً مثل البضع. والله أعلم.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تدل على أن الملك إذا ثبت في شيء ما ثم انتقل إلى غير مالكه بالعوض فإنه يوجب تمليك المعوض لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد، فالمعاوضة تستلزم انتقال الملك في البدلين فمثلاً: البائع إذا باع مبيعه بالعوض فإنه يثبت له الملك في العوض بانتقال ملك المشتري إليه، كما أنه يثبت للمشتري الملك في المعوض وهو المبيع بانتقال ملك البائع إلى المشتري.

---

(١) انظر: المصباح المنير: ص(١٦٦)، ومختار الصحاح: ص(٤٦٢).

(٢) انظر: القاموس المحيط: ص(٨٣٦).

(٣) انظر: المطلع على أبواب المقنع: ص(٢١٦).

(٤) الفروق للقرافي: (٣/ ٢).

(٥) انظر: موسوعة القواعد للبورنو: (٦/ ٤٨٤).

والقاعدة تشير أيضاً إلى أن انتقال الملك إذا لم يكن بالعوض فإنه لا يترتب عليه تمليك المعوض ولا بدل عن عوضه مثل العتق.

وهي بمفهومها تدل أيضاً على أن انتقال الملك إذا لم يثبت في العوض، فإن ذلك لا يكون موجباً لتمليك المعوض، مثل البائع عند خيار المشتري لا يثبت له الملك في الثمن قبل إمضاء العقد فكذلك لا يجب عليه تمليك المشتري المبيع.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذه القاعدة كما سلفت الإشارة إليه تتعلق بثبوت الملك في العوض والمعوض، وهي قاعدة مهمة في عقود المعاوضات.

وقد اتفق الفقهاء على اعتبار هذه القاعدة وصحتها في الجملة.[1]

وعلى هذا إذا تمت عقود المعاوضات مستوفية لشروطها فإنه يثبت للمتعاقدين البدلان اللذان تم الاتفاق عليهما.

ففي عقد البيع مثلاً إذا انعقد صحيحاً مستوفياً لشروطه فإنه يثبت المبيع للمشتري والثمن للبائع.

قال الكاساني: "الحكم الأصلي للبيع هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال"[2].

وكذلك إذا وقعت الإجارة صحيحة ترتب عليها حكمها وهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر والأجرة المسماة للمؤجر.

قال الكاساني معللاً ذلك: "لأنها عقد معاوضة، إذ هي بيع المنفعة، والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين"[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١)، والمبسوط للسرخسي (١٣/ ٦٥)، والمهذب (٢/ ٥٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، وكشاف القناع (٥/ ١٠٤)، ومنار السبيل (٢/ ١٧٥).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣)، وكذلك حاشية ابن عابدين (٤/ ٦).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١).

=

وجاء في مغني المحتاج[١]: "كما يملك المؤجر الأجرة بالعقد يملك المستأجر المنفعة المعقود عليها، وتحدث في ملكه، بدليل جواز تصرفه فيها في المستقبل".

هذه العبارات من الفقهاء تشهد لصحة القاعدة واعتبارها.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة عدة من الفروع الفقهية منها:

١-انتقال ملك الثمن من المشتري إلى البائع بموجب تمليك المبيع، وانتقال ملك المبيع إلى المشتري[٢].

٢-**ومنها:** عهدة الشفيع على من تكون هل هي على البائع أم على المشتري؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن عهدة الشفيع على المشتري لا على البائع، وعلى هذا إذا أخذ الشفيع الشقص فهر مستحقاً فرجوعه بالثمن على المشتري، ويرجع المشتري على البائع به.

وإن وجده معيباً فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه، والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أم من البائع فالعهدة على المشتري.

وهذا مذهب المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

واستدلوا بما يأتي:

١-لأن الشفعة مستحقة بعد الشراء، وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن، فكانت العهدة عليه، كما لو أخذه منه ببيع، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن، فملك رده بالعيب كالمشتري في البيع الأول[٦].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٢٠٣) والمهذب: (٢/ ٥٧).

(٣) انظر: حاشية الخرشي: (٦/ ١٨٠)، وحاشية الدسوقي: (٣/ ٤٩٣)، وبداية المجتهد: (٢/ ٢٦٠).

(٤) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٢١٧).

(٥) انظر: الهداية: (٨/ ٣٢٥)، وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٥١)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٢٢٨).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٥٠٨)، والحاوي الكبير: (٧/ ٢٨٣).

=

٢-ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة، فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع(١).

القول الثاني: إن كان الشفيع قد قبضه من المشتري فعهدته على المشتري، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهدته على البائع. وهذا مذهب الحنفية(٢).

واستدلوا بأن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري، لأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه؛ لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك(٣).

ولأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري، فينفسخ البيع بين البائع والمشتري، فكان الشفيع آخذاً من البائع، مالكاً من جهته فكانت عهدته عليه(٤).

القول الثالث: عهدة الشفيع على البائع، وهذا قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي(٥).

وذلك لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع، فكان رجوعه عليه كالمشتري.

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لأن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض فوجب أخذه بالعهدة كالبائع، ولأنه ملكه في المعوض ثابت بالعقد فوجب الرجوع عليه.

والله أعلم بالصواب.

٣-ومنها: النكاح الصحيح يترتب عليه وجوب المهر للزوجة، وحل الاستمتاع بها للزوج، فكل منهما عوض عن الآخر.

يقول الكاساني: "المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد؛ لأنه إحداث الملك، المهر يجب بمقابلة إحداث الملك؛ ولأنه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع"(٦).

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٢٨٣).

(٢) انظر: الهداية: (٨/ ٣٢٥) وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٥١)، وحاشية ابن عابدين: (٦/ ٢٢٨).

(٣) انظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٢٥١).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٥٠٨).

(٥) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ٢٨٣)، والمغني لابن قدامة: (٧/ ٥٠٨).

(٦) بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٧)، وكذلك انظر تفصيل الكلام في المسألة في المقدمات الممهدات (٢/ ١٧)، وكشاف =

٤-ومنها: المكاتب يملك نفسه ببذل العوض المكاتب به.

٥-ومنها: لو قبض المسلم إليه رأس المال كان له أن يتصرف فيه بكل التصرفات السائغة شرعاً؛ لأنه ملكه تحت يده.

أما المسلم فيه فرغم كونه أصبح ديناً للمسلم بمقتضىٰ العقد إلا أنه ملكيته له لا تستقر إلا بعد القبض، فإذا حل الأجل وجب علىٰ المسلم إليه إيفاء الدين المسلم فيه.

وأما ملكية الدين المسلم فيه قبل القبض فغير مستقرة عند الفقهاء.[1]

قال السيوطي في الأشباه والنظائر[2]: "جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض المقابل لها مستقرة إلا ديناً واحداً وهو دين السلم، فإنه وإن كان لازماً فهو غير مستقر وإنما كان غير مستقر؛ لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه فينفسخ العقد".

٦-ومنها: المرأة تملك الطلاق ببذل بدل الخلع.

هذه نماذج من الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه القاعدة. والله ولي التوفيق .

القناع (٥/ ٦، ١٢٨).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٩،١٦٦)، وفتح العزيز (٨/ ٤٣٢)، وشرح منتهىٰ الإرادات (٢/ ٢٢٢).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٦).

المبحث السابع: قاعدة: المستحق كالزائل عن ملكه

هذا القاعدة من القواعد الفرعية التي تتعلق بباب الاستحقاق و زوال الملك. و هي باللفظ المذكور يباشر أحكام أثر الاستحقاق في باب انتقال الملك من الشيء المستحق. و لها أثر أيضا في ثبوت الملك للمستحق إذا ثبت له الاستحقاق.

دراسة القاعدة تتجلى في الأمور الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة وصياغتها:

هذه القاعدة و إن لم يذكرها كثير من الفقهاء إلا أنها مما اعتنى بها الفقهاء في تأصيلها و تفريعها . وهي من القواعد التي نص عليه فقهاء المذهب الحنفي. و بالخصوص ذكرها بهذا اللفظ صاحب الهداية فقال: «وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه»[1] . وقد ذكره الندوي في موسوعته المرموقة ايضاً[2] .

و يؤكد هذا المضمون ما جاء في بدائع الصنائع[3]: «والاعتبار با ستحقاق المبيع غير سديد لأن هناك ظهر بطلان العقد من الأصل لأنه إذا لم يجز المستحق تبين أن العقد وقع باطلا من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وإنما بطل في المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الأصل» .

و قال أيضاً مقرراً لمعناه : «وأما الاستحقاق فإن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض، ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الإجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن، وإن شاء

---

(١) الهداية شرح البداية: (٨/ ٤٢٠) .

(٢) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٤٨) .

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٠٦) .

=

رده سواء كان ا ستحقاق ما ا ستحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب لأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار»[١].

وكذلك جاء : " وأما استحقاق الصداق فلا يخلو إما أن يتزوجها على شيء بعينه أو بشيء مضمون . فإن تزوجها بشيء بعينه ثم استحق فإنها ترجع بقيمة الشيء المستحق إن كان مقوما وبمثله إن كان مثليا...وإن كان مـ ضمونا فترجع بمثله، و.. تـ شبيه المـ صنف له بالبيع فإنه يقتـ ضي أنها ترجع بصداق المثل وعوض البضع فإذا ا ستحق وجب أن ترجع بقيمته لفواته بالعقد و سيذكر المصنف في باب الاستحقاق أنها ترجع بقيمة المستحق»[٢].

ثانياً: مفردات القاعدة، وما يتعلق بها.

أ- **المستحق** : و هو اسم مفعول من الاستحقاق، و قد سبق الكلام على الاستحقاق بأنه: بمعنى ثبوت الحق، و الفاعل منه المستحق- بالكسر- و المقصود بالمستحق في الضابطة : هو الشيء الذي ظهر فيه الاستحقاق لغير صاحب اليد سواء كان ذلك بالبينة أو بغيرها. و المستحق قد يكون عوضاً مثل: الثمن في عقد البيع، و الأجرة في الإجارة، و الصداق في عقد النكاح، و قد يكون معوضاً مثل: المبيع و البضع، و غير ذلك.

ب-**الزائل**: اسم فاعل من الزوال وهو الانتقال و التحول[٣] وهو المنتقل ملكه عن صاحبه بسبب من أسباب انتقال الملك. و من تلك الأسباب الاستحقاق.

ثالثا: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية ومنها:

١ - المبيع إذا ظهر فيه الاستحقاق، يثبت به زوال ملك البائع عنه[٤] .

٢ -**ومنها**: إذا استحق العوضان في الصرف أو أحدهما بطل العقد لزوال ملك صاحب اليد[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٨٨) .

(٢) مواهب الجليل: (٣/ ٥٠١) .

(٣) انظر: مختار الصحاح: ص(٢٧٩) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ١٩٣،١٩١)

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (٣/ ٤٦٦) و المجموع شرح المهذب: (١٠/ ٩٩)

٣-**ومنها**: لو أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق؛ لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالا ستيلاد، ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى، ولا يمكن إقرارها في يده؛ لما فيه من الصغار على الإسلام فلم يبق إلا المذكور .[1]

٤-**ومنها**: لو كاتب كافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقي على حالته فإن عجز ورق أمر ببيعه[2] .

٥-**ومنها**:ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لأن بالاستحقاق وإن انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كأن الافتراق حصل على قبض الدراهم دون الفلوس. وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثلها[3] .

---

(١) انظر: مواهب الجليل: (٣/ ٥٠١) .

(٢) المهذب: (٢/ ٢٠) .

(٣) بدائع الصنائع: (٥/ ٢٤٢) .

المبحث الثامن: قاعدة: زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك

هذه القاعدة من أهم القواعد التي تتعلق بزوال الملك، وهي بأهميتها البالغة تحتل مكانة مرموقة في باب زوال الملك عن الأملاك المستقرة.

وهذه القاعدة تباشر أثر زوال العصمة في انتقال الملك.

ودراستها تتبين في العناصر التالية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة مما اعتنى بها فقهاء الحنابلة، وقد ذكرها ابن قدامة في المغني(١)، فقال: «وزوال العصـــمة لا يلزم منه زوال الملك، بدليل الزاني المحصـــن، والقاتل في المحاربة وأهل الحرب، فإن ملكهم ثابت مع عدم عصـــمتهم...» وكذلك ذكرها باللفظ نفســـه صـــاحب المبدع(٢)، والندوي في الموسوعة الفقهية(٣).

وأشار إلى مضمون القاعدة كثير من الفقهاء في كتبهم(٤)، ويؤكد هذا الأصل ما جاء في شرح فتح القدير: «ولا يخفى أن الحرابة لا توجب انتفاء الملك، بل زوال العصـــمة، فإن الحربي يملك غير أن مملوكه لا عصمة له، فإذا استولى عليه زال ملكه، فكون المرتد حربياً قصارى ما يقتضي زوال عصمة ماله ونفسه تبعاً وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستنداً...»(٥).

وتشهد لأصل القاعدة عبارات الفقهاء وتفريعهم عليها:

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ- معنى العصمة لغة واصطلاحاً:

العصمة في اللغة: المنع والحفظ يقال: عصمه الطعام أي منعه من الجوع، وقد عصمه يعصمه

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣).

(٢) انظر: المبدع لابن مفلح: (٩/ ١٨٤).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ١٩٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٢/ ٣٣٧)، (٤/ ١٣٢)، وفتح القدير: (٦/ ٧٥).

(٥) فتح القدير: (٦/ ٧٥).

=

بالكسر عصمة: فانعصم، واعتصم بالله: أي امتنع بلطفه من المعصية[١]، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ې ې ى﴾[٢]. ويقال: عصم يعصم: اكتسب ومنع ووقىٰ[٣].

وتطلق العصمة علىٰ عقد النكاح، قال تعالىٰ: ﴿ئۆ ئۆ ئۈ ئۈ ئې﴾[٤]، أي بعقد نكاحهن.

العصمة في الاصطلاح:

عرفت بعدة تعريفات منها:

١-العصمة: ملكة اجتناب المعاصي مع التمكن منها[٥].

٢- و هي ملكة إلهية تمنع من فعل المعصية والميل إليها مع القدرة عليه[٦].

والعصمة المقومة هي التي يثبت بها للإنسان قيمة، بحيث من هتكها فعليه القصاص أو الدية.

والعصمة المؤثمة هي التي يجعل من هتكها آثماً[٧].

والمقصود بالعصمة في القاعدة هي عصمة الإسلام التي تتكفل حفظ الإنسان بماله وعرضه وحقوقه.

ب- أساس العصمة:

اختلف الفقهاء في بيان أساس العصمة علىٰ قولين:

القول الأول: أن أساس العصمة هو الوجود في دار الإسلام فيعد المسلم والذمي والمستأمن معصوم الدم بسبب وجوده في دار الإسلام، أما الحربي أو المسلم في دار الحرب، فليس معصوماً، ولا عقاب علىٰ قاتله لكونه في دار الحرب، وهذا مذهب الحنفية[٨].

---

(١) انظر: مختار الصحاح: ص(٤٣٧)، والقاموس المحيط: ص(١٤٢٩).

(٢) الآية: (٤٣) من سورة هود.

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(١٤٢٩).

(٤) الآية: (١٠) من سورة الممتحنة.

(٥) انظر: التعريفات الفقهية: ص(١٤٨).

(٦) انظر: المعجم الوسيط: ص(٦٠٥).

(٧) انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٥٠).

(٨) انظر: تكملة الفتح: (٨/ ٢٥٥)، بدائع الصنائع: (٧/ ٢٥٢)، اللباب مع شرح الكتاب: (٣/ ١٤٤).

=

القول الثاني: أساس العصمة هو الإسلام أو الأمان، وهذا قول الجمهور(١)، فيعد المسلم والذمي والمستأمن والمهادن معصوماً، إما بسبب الإسلام بالنسبة للمسلم، ولو كان في دار الحرب، أو بسبب الأمان بالنسبة لغير المسلم المعاهد، فلا تباح دماؤهم ولا أموالهم، ويعاقب قاتلهم على القتل العمد، إلا أنه لا يقتل المسلم بالكافر(٢).، ويقتل قاتل المسلم ولو كان في دار الحرب.

وتلتحق بهذه العصمة عصمة النكاح، والعصمة تطلق على النكاح مجازاً كقوله تعالى: ﴿ئۆئۈئۈ ئې﴾(٣)، قال المفسرون: المراد بالعصمة هنا: النكاح، والمعنى: لا تتمسكوا بزوجاتكم الكافرات، فليس بينكم وبينهن عصمة ولا علاقة زوجية(٤).

وتنحل عصمة النكاح بطلاق أو فسخ.

أما الطلاق فالأصل أن الزوج هو الذي يملك حل عقدة النكاح، لأن الرجل هو الذي أسند إليه إيقاع الطلاق في قوله تعالى: ﴿ٱٻٻپپپ﴾(٥)، ولحديث: «**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**»(٦)، لكن الزوجة قد تملك حل عقدة النكاح في حالين:

١-عند تفويض الزوج زوجته في التطليق .

٢-وعند اشتراط الزوجة أن تكون العصمة بيدها(٧).

وأما الفسخ فيكون لأسباب كالردة والعيب ونحوهما:

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة باللفظ المذكور تنص على أن زوال عصمة صاحب الملك لا يستدعي زوال ملكه عن

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: (٤/ ٢٣٩)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤)، والمغني: (٧/ ٦٤٨).

(٢) انظر: المغني: (٧/ ٦٥٢).

(٣) الآية: سبق ذكرها.

(٤) انظر: تفسير القرطبي: (١٦/ ٦٦-٦٥)، وتفسير ابن كثير: (٣/ ٣٥١).

(٥) الآية: (١) من سورة الطلاق.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه: (١/ ٦٧٢)، من حديث ابن عباس، وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة: (١/ ٣٥٨).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٤٨٥)، والفتاوى الهندية: (١/ ٣٧٣).

=

أملاكه، بل تكون أملاكه له وذلك لأن زوال العصمة ليس سبباً موجباً لانتفاء الملك وانتقاله وقد يكون الرجل غير معصوم ومع ذلك يثبت له الملك في ممتلكاته.

والقاعدة بمدلولها تشير إلى أن الأصل في انتقال الملك من شخص إلى آخر هو معنى من المعاني الناقلة للملك، ولا يثبت انتقال الملك بغيره، كما أنه يفيد أن ثبوت العصمة يؤكد ملكية الرجل في ماله ونفسه وعرضه ويكون ملكه ملكاً محترماً معصوماً لا يجوز لأحد هتكه، والأصل في هذا قول رسول الله ﷺ: «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها**»[1].

والعصمة المقومة هي عصمة الإسلام.

رابعاً: أقوال الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها بناءً على اختلافهم في مسألة ملك المرتد بعد ردته، هل يزول ملكه بزوال عصمة نفسه أم لا؟ وبيان المسألة على الوجه الآتي:

أولاً: اتفقوا على أن المرتد إذا أسلم بعد ردته تكون أمواله على حكم ملكه السابق[2].

ثانياً: وكذلك اتفقوا على أن المرتد إذا مات على ردته أو قتل على حالة الردة تزول أمواله عن ملكه[3].

وكذلك المرتد إذا لحق بدار الحرب عند عامة الفقهاء[4]، خلافاً للحنابلة[5]، قالوا: «ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه، لكن يباح قتله لكل أحد من غير استتابة، وأخذ ماله لمن قدر عليه لأنه صار

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه: (١/ ١٠٩،١٣)، من كتاب الإيمان، ومسلم في صحيحه: (١١/ ٥٣-٥١)، في باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: ... من كتاب الإيمان.

(٢) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٣)، وفتح القدير: (٦/ ٧٣)، واللباب: (٤/ ٥٠)، والشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٥)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، وفتح الوهاب: (٢/ ٢٧٠)، والمغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣)، والشرح الكبير للمقدسي: (٢٧/ ١٥١-١٥٠)، والإنصاف: (٢٧/ ١٥٣)، والإشراف: (٣/ ١٦٤)، والإجماع: ص(٧٦).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/ ٢٧٣)، والشرح الكبير للمقدسي (٢٧/ ١٥١).

=

حربياً، حكمه حكم أهل الحرب» .

ثالثاً: اختلفوا هل يزول ملكه بزوال عصمته أم لا؟ على قولين:

القول الأول: لا يزول ملكه بمجرد ردته، بل يكون ملكه موقوفاً إلى حين يتبين حاله.

وهذا مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية في الأظهر(٣)، والحنابلة(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١-بالأصل الذي بين أيدينا.

٢-بالقياس على الزاني المحصن والقاتل في المحاربة وأهل الحرب.

٣-وبالقياس على الكفار الأصليين على أن ملكهم ثابت مع عدم عصمتهم.

القول الثاني: يزول ملكه بردته عن أمواله ولا يجوز له التصرف في أمواله، وهذا قول للشافعية(٥)، وبه قال الصاحبان من الحنفية(٦)، إذا قتل أو مات على ردته أو لحق بدار الحرب، وهو قول أبي بكر من الحنابلة(٧)، وعلى هذا إن رجع إلى الإسلام عاد إليه تمليكاً مستأنفاً.

واستدلوا بما يلي:

١-ذلك لأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه، فزوال إسلامه يزيل عصمتها كما لو لحق بدار الحرب(٨).

٢-ولأن المسلمين ملكوا إراقة دمه بردته، فوجب أن يملكوا ماله بها.

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو عدم زوال ملكه بزوال عصمته للأصل الذي بين أيديا،

(١) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، وشرح فتح القدير: (٤/ ٣٩٧-٣٩٠)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٤/ ١٤٢) وما بعدها .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣) والشرح الكبير للمقدسي (٢٧/ ١٥٢).

(٥) مغني المحتاج (٤/ ١٤٢)، وفتح الوهاب: (٢/ ٢٧٠).

(٦) انظر: المبسوط: (٨/ ١٠٣-١٠١)، واللباب: (٤/ ١٥٠) وما بعدها، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣) .

(٨) المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣).

=

ولصحة قياسهم في المسألة، والله أعلم.

وعلى هذا فالفقهاء مختلفون في اعتبار القاعدة وصحتها، ولكن جمهور الفقهاء على اعتبارها وصحتها.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

القاعدة تحوي بأطرافها وأبعادها مسائل فقهية كثيرة، منها:

١-ملك المرتد لا يزول بزوال عصمته بالردة. وقد سبق بيان ذلك.

٢-**ومنها**: ملك الزاني المحصن لا يزول بزوال عصمته بالزنا[1].

٣- ومنها: القاتل في المحاربة لا يزرل ملكه بزوال عصمته بالمحاربة.[2]

٤- ومنها: أهل الحرب ليس لهم عصمة عند المسلمين.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٣).

(٢) انظر: المصدر السابق.

المبحث التاسع: قاعدة: ما أوجب زوال الملك أوجب انتقاله

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بزوال الملك وانتقاله، وهي تحوي أثر زوال الملك في الأملاك، وما يتعلق به من الأحكام.

والقاعدة تلقي الضوء على أن الأصل في انتقال الملك أن يكون المملوك زائلاً عن ملكه.

دراسة القاعدة تتجلى بالعناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

القاعدة بصيغتها المذكورة ذكرها الماوردي في الحاوي الكبير، وقال في موطن تعليل مسألة ميراث المرتد: «لأنه بالردة قد صار غيره أملك بالتصرف في ماله، فجرى مجرى الموت؛ ولأن ما أوجب زوال الملك أوجب انتقاله كالموت»(١).

ويمكن أن تصاغ القاعدة بلفظ أخصر من هذا: «**زوال الملك موجب لانتقال الملك**» .

وأشار إلى مدلول هذه القاعدة أصحاب مجلة الأحكام العدلية : «المادة: (٤٤٢): لو ملك المستأجر عين المأجور بالإرث أو هبة يزول حكم الإجارة»(٢)، وكذا لو ملكه بحكم الشراء من مالكه، ولو كان الشراء فاسداً(٣)، والقاعدة أشار إليها كثير من الفقهاء في كتبهم(٤).

ثانياً: شرح مفردات القاعدة:

أ-قولهم: ما أوجب... فعل من الإيجاب بمعنى ألزم أو جعله لازماً(٥)، ومنه الواجب، والمقصود هنا بقولهم: ما أوجب: هو كل ما ألزم وهو الموجب وهذا عام يتناول كل موجب، ولكن يتقيد بما بعده فيدخل فيه جميع موجبات زوال الملك.

ب-أسباب زوال الملك:

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: (٨/ ١٤٧)، ونقل عنه الندوي في الموسوعة: (٢/ ٣٩٢).

(٢) مجلة الأحكام العدلية: (١/ ٢٤٩)، مادة رقم: (٤٤٢) .

(٣) شرح المجلة لسليم باز: (١/ ٢٤٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٦)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، وغاية المنتهى: (٣/ ٣٦١).

(٥) انظر: لسان العرب: (١/ ٧٩٣)، والقاموس المحيط: ص(١٨٠)، والمعجم الوسيط: (٢/ ١٠١٢).

=

١-الأسباب الناقلة للملك هي الموجبات لزوال الملك، وذلك لأن كل ناقل ينقل ملك صاحبه إلى غيره فيكون موجباً لزواله مثل بيع المبيع موجب لزوال ملك البائع فيه، وناقل لملكه إلى المشتري.

٢-الموت وهو مفارقة الروح للجسد(١).

وهو ثلاثة أقسام عند الفقهاء(٢):

الأول: الموت الحقيقي: وهو مفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين.

الثاني: وهو حكم يصدر من قبل القاضي بموت شخص من الأشخاص وإن كان لا يزال حياً، لسبب شرعي يقتضي ذلك.

ومن أمثلته عند الحنفية: المرتد إذا لحق بدار الحرب، و صدر حكم القاضي بلحوقه بها مرتداً فإنه يعتبر مرتداً من حين صدرو الحكم، وإن كان حياً يرزق بدار الحرب، فيقسم ماله بين ورثته(٣).

ومن أمثلته عند المالكية المفقود وهو الذي يعمى خبره، وينقطع أثره ولا يعلم موضعه، ولا تدرى حياته ولا موته، فإذا حكم القاضي بموته بناء على ما ترجح لديه من الظروف وقرائن الأحوال فإنه يعتبر ميتاً من حين الحكم(٤).

الثالث: الموت التقديري: وهو للجنين الذي أسقط ميتاً بجناية على أمه كما إذا ضرب إنسان امرأة فأسقطت جنيناً ميتا فإنه يجب على الجاني أو عاقلته الغرة وهذه الدية تكون لورثة الجنين على فرائض الله تعالى.

حيث يقدر حياً في بطن أمه قبل الجناية ثم موته منها(٥).

٣-الردة: وهي الرجوع عن الإسلام إلى الكفر نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً أو فعلا(٦)، وهو المرتد هو

---

(١) انظر: تحرير ألفاظ التنبيه للنووي: ص(٩٤)، ومختصر منهاج القاصدين: ص(٤٤٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٣٢٦)، والمبسوط: (١٥/ ١٠٨)، ومغني المحتاج: (٤/ ١٠٢)، وشرح الخرشي: (٨/ ٣٢-٣٤)، وشرح منتهى الإرادات: (٣/ ٣١٠).

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ٣٨)، و(١٥/ ١٠٥).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٢/ ٤٧٩)، وشرح الخرشي: (٤/ ١٥١)، والمعونة للقاضي عبد الوهاب: (٢/ ٨٢٠).

(٥) انظر: مغني المحتاج: (١٤/ ١٠٥)، وشرح منتهى الإرادات: (٣/ ٣١٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ١٣٤)، والسراج الوهاج: ص(٥١٩)، والإقناع: (٤/ ٢٨٥)، وأسنى المطالب: (٤/ ١١٦)، =

الذي يكفر بعد إسلامه ولو مميزاً طوعاً ولو هازلاً[١].

ويأتي بيانها عند بيان صحة القاعدة.

٤-الاستحقاق بأنواعه، وقد سبق بيانه.

٥-الضياع والفقدان ويأتي بيان ذلك.

٦-الإسقاط أو الترك ويأتي بيانه في قاعدته إن شاء الله تعالى.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بصيغتها المذكورة تدل على أن كل موجب من موجبات زوال الملك مثل البيع والموت وغير ذلك يثبت به انتقال الملك إلى غيره، وذلك لأن الأصل في الأملاك بعد ثبوت الملك فيها أنها لا تعود مباحة، ولا سائبة وأن ملكها لا ينتقل إلى غير مالك، لأن الأملاك بعد ثبوت اليد عليها مملوكة لصاحب اليد، وهي لا تخرج عن ملكه إلا بما يوجب زوال ملكه، وزوال ملكه موجب لانتقال ملكه إلى غيره.

والقاعدة بمفهومها تدل على أن الأسباب التي لا توجب زوال الملك لا تكون موجبة لانتقال الملك، مثل الكتابة على القول إن المكاتب عبد، ومثل الأمانات التي ترد إلى أهلها.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحة العمل بها:

القاعدة بإطلاقها المذكور لا تخالفها أصول المذاهب الفقهية، وذلك لأن زوال الملك موجب لانتقال الملك إلى غيره[٢].

إلا أنهم اختلفوا في تخريجها على بعض موجبات زوال الملك، والقاعدة من هذا المعنى تنبني على مسألة مهمة وهي مسألة ميراث المرتد.

وبناء عليها اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن المرتد إذا مات أو قتل فإنه يبدأ بقضاء دينه، وضمان جنايته ونفقة زوجته

والكليات: ص(٤٧٧).

(١) انظر: الإقناع: (٤/ ٢٨٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٧/ ٣٢٦)، وتحفة المحتاج: (٧/ ٣٩)، وأسنى المطالب: (٤/ ٨٩)، والمغني: (١١/ ٢٤٧) وما بعدها.

=

وقريبه؛ لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها(١)، وما بقي من ماله يكون فيئاً لجماعة المسلمين، يجعل في بيت المال.

وعلى هذا فإن المرتد لا يورث، وهذا مذهب المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة في المذهب(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١-بقوله ﷺ: «**لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم**»(٥). والمرتد كافر بدليل قوله تعالى: ﴿ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ﴾(٦).

٢-ولأن كل من لم يرث بحال لم يورث كالمكاتب(٧).

٣-ولأن ماله مال مرتد، فأشبه الذي كسبه في ردته، ولا يمكن جعله لأهل دينه، لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان(٨).

القول الثاني: إذا مات المرتد أو قتل أو لحق بدار الحرب وترك ماله في دار الإسلام انتقل ما اكتسبه في الإسلام إلى ورثته، وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً يوضع في بيت مال المسلمين.

وهذا مذهب أبي حنيفة(٩)، وبه قال الثوري واللؤلؤي(١٠)، وزفر بن المهدي(١١)، وإسحاق، وذلك

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (١٢/ ٢٧٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير: (٤/ ٣٠٥-٣٠٤).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٤٥) وما بعدها .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٢)، (١٢/ ٢٧٢)، وغاية المنتهى: (٣/ ٣٦١).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٥/ ١٨٧) في باب أين ركز النبي ﷺ الرآية يوم الفتح من كتاب المغازي وفي باب لا يرث المسلم الكافر من كتاب الفرائض (٨/ ١٩٤).

(٦) الآية: (١٣٧) من سورة النساء.

(٧) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ١٤٦).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ١٦٣).

(٩) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٤-١٠١)، والدر المختار: (٣/ ٣٢٨)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥)، وشرح فتح القدير: (٤/ ٣٩٧-٣٩٠).

(١٠) هو الحسن بن زياد أبو علي الأنصاري مولاهم الكوفي اللؤلؤي، صاحب أبي حنيفة، مات سنة (٢٠٤)هـ.
انظر: الجواهر المضية: (١/ ١٩٣)، والفوائد البهية: ص(٦١-٦٠).

(١١) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٤٦-١٤٥)، والمغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٣-١٦٢).

=

لأن الإرث له أثر رجعي يمتد إلى الماضي؛ فما اكتسبه في حال إسلامه يورث بوجود الكسب قبل الردة، فيكون للإرث أثر رجعي بالنسبة إليه، فيتم شرط توريث المسلم من المسلم، وما اكتسبه حال ردته يكون فيئاً، لأنه زال ملكه بالردة فكان الكسب لا مالك له، فلا يورث إذ لا يمكن هنا أن يكون للإرث أثر رجعي بالنسبة لكسب الردة لعدم الكسب قبل الردة[١].

القول الثالث: إن جميع ماله الذي كسبه في إسلامه وبعد ردته يكون موروثاً لورثته المسلمين، وهذا قول الصاحبين من الحنفية[٢]، وقول للشافعية[٣]، ورواية عن الإمام أحمد[٤]، وهو مروي عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن وعطاء[٥].

واستدلوا بما يأتي:

١-بما روي عن زيد بن ثابت ﷺ قال: «بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين»[٦].

٢-بما روي أن علي بن أبي طالب ﷺ أتى بالمستورد العجلي[٧]، وقد ارتد، فعرض عليه الإ سلام فأبى أن يسلم، فضرب عنقه، وجعل ميراثه لورثته من المسلمين[٨].

٣-ولأنه قول الخليفتين الراشدين فالتمسك به أولى[٩].

٤-لأن كل من لا يرث وارثه المشرك، ورثه وارثه المسلم كالمسلم طرداً، وكالمشرك عكساً[١٠].

---

(١) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٢) وشرح فتح القدير: (٤/ ٣٩١).

(٢) انظر: المبسوط: (١٠/ ١٠٤-١٠١)، وتبيين الحقائق: (٣/ ٢٨٥)، وشرح فتح القدير: (٤/ ٣٩٧).

(٣) مغني المحتاج: (٤/ ١٤٢)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٤٦-١٤٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٣).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٢)، والحاوي الكبير: (٨/ ١٤٦-١٤٥).

(٦) ولم أجد من خرجه في كتب الآثار. انظر: في الحاوي الكبير: (٨/ ١٤٦)، والمغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٢).

(٧) رجل ارتد بعده إسلامه، ولم أعثر على ترجمته .

(٨) الأثر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: (٦/ ١٠٥)، و(١٠/ ١٧٠)، وابن عبد البر في التمهيد: (٩/ ١٦٥)، وذكره الماوردي في الحاوي: (٨/ ١٤٥) .

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٢).

(١٠) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٤٦).

=

٥-ولأن ردته ينتقل بها ماله، فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت؛ وذلك لأن ما أوجب زوال الملك أوجب انتقاله[(١)].

الذي يظهر لي هو القول بأن ماله يكون فيئاً، وينتقل ملكه إلى بيت مال المسلمين بعد قتله مرتداً أو موته على الردة وذلك لدلالة النص عليه، ولأن دفع علي رضي الله عنه مال المستورد إلى ورثته إنما كان لما رأى المصلحة باجتهاده، وهو إمام يملك التصرف في أموال بيت المال برأيه فيجوز أن يكون ذلك تمليكاً منه ابتداء عطية لا على جهة الإرث وكذلك توريث زيد بن ثابت بأمر أبي بكر الصديق . والله أعلم بالصواب.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة جملة من المسائل الفقهية منها:

١-البيع يوجب انتقال ملك البائع إلى المشتري.

٢-**ومنها**: الموت أنه يوجب زوال ملك المورث عن ماله، وهو موجب لانتقال ملكه إلى ورثته.

٣-**ومنها**: مال المفقود إذا حكم عليه القاضي بعدم حياته فإن ملكه يزول عنه، ويرث عنه ورثته[(٢)].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٨/ ١٤٧)، والمغني لابن قدامة: (٩/ ١٦٢).

(٢) انظر: المبسوط: (١١/ ٣٨)، وحاشية ابن عابدين: (٤/ ٢٩٧)، وحاشية البجيرمي: (٣/ ٢٦٠)، وحاشية القليوبي: (٣/ ١٤٦)، والمغني: (٦/ ٣٦٦).

المبحث العاشر: قاعدة: لا يزول الملك بالشك

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق بزوال الملك وانتقاله أيضاً، وهي بمضمونها تحوي أثر الشك والاحتمال في زوال الملكية وانتقاله إلى غيره، وهي تلقي الضوء على مسألة هل الاحتمال في زوال الملك ينقل الملك أم لا؟

دراسة القاعدة تتبين في الأمور الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

هذه القاعدة باللفظ المذكور ذكرها ابن الهمام في شرح فتح القدير[1]، وابن قدامة في المغني[2]، والندوي في موسوعته[3].

وأشار إليها صاحب المهذب[4]، بلفظ قريب منه: «**لا يزال يقين الملك بالشك**»، وكذلك صاحب كشاف القناع[5].

وعبارات الفقهاء وتفريعهم على الأصل المذكور يشهد لتأصيل هذه الصيغة، والأصل في هذا أن القاعدة منبثقة عن القاعدة المشهور: «**لا عبرة للتوهم**»[6].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-معنى الشك لغة واصطلاحاً:

الشك في اللغة: خلاف اليقين، ج شكوك، وشكَّ في الأمر وتشكَّك وشكّكه غيره، وشكه بالرمح: انتظمه[7]، وهو في أصل اللغة: الاتصال واللزوق[8]، ثم عرف واشتهر في العرف في معنى

---

(١) انظر: شرح فتح القدير: (٦/ ٦) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (١٣/ ٢٨٧).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٣٧٦).

(٤) المهذب للشيرازي: (٢/ ١٠١).

(٥) انظر: كشاف القناع: (٤/ ١٨٦).

(٦) انظر: مجلة الأحكام مادة: (٧٣)، وشرح القواعد الفقهية: ص(٢٩٧) .

(٧) انظر: القاموس المحيط: ص(١٢٢١).

(٨) انظر: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل والأخبار: (٣/ ٢٤٨).

=

التردد(١)، كقوله تعالى: ﴿ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ﴾(٢). أي غير مستيقن، وهو يعم حالتي الاستواء والرجحان، وفي الحديث الشريف: «**نحن أحق بالشك من إبراهيم**»(٣).

ومنه شك الشيء شكاً: لصق بعضه ببعض واتصل، وشك عليه الأمر: التبس وشك في الأمر وغيره: ارتاب، وشك في السلاح: لبسه تاماً(٤).

الشك في الاصطلاح: يوجد له عدة تعريفات منها:

١-هو التردد في طرفي الوجود والعدم على التساوي(٥).

٢-هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك(٦).

٣-هو استواء الطرفين المتقابلين لوجود أمارتين متكافئتين في الطرفين أو لعدم الأمارة فيهما(٧).

ب-الفرق بين الشك والظن والوهم:

هناك فرق بين الاصطلاحات الثلاثة: الشك والظن والوهم:

فالشك هو الوقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما(٨).

والظن هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض(٩).

والوهم هو إدراك المعنى الجزئي المتعلق بالمعنى المحسوس، وهو يطلق على الاعتقاد المرجوح(١٠).

يتضح من هذه التعريفات بأن التردد بين الطرفين إن كان على السوية فهو على الشك، وإلا

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر: ص(١٤) الوجه الأول.

(٢) الآية: (٩٤) من سورة يونس.

(٣) الحديث أخرجه البخاري: (٨/ ٩٤) في باب قوله: «وإذا قال إبراهيم رب أرني كيف تحي الموتى» من كتاب التفسير، ومسلم: (١/ ١٣٣)، في باب طمأنينة القلب بتظاهر الأدلة من كتاب الإيمان: (٤/ ١٨٣٩) في باب فضائل إبراهيم الخليل من كتاب الفضائل.

(٤) انظر: المعجم الوسيط: ص(٤٩٠).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر: (١٤ الوجه الأول).

(٦) انظر: التعريفات الفقهية: ص(١٢٤) .

(٧) انظر: المحصول: (١/ ١٠١)، ونهاية السول في شرح منهاج الأصول للبيضاوي: (١/ ٤٠).

(٨) انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٢٨).

(٩) انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٤٤).

(١٠) انظر: التعريفات الفقهية: ص(٢٤٠).

=

فالراجح: ظن، والمرجوح وهم(١).

والمقصود بالشك في القاعدة الاحتمال الوارد على الشيئ والاحتمال في اللغة(٢). الاقتضاء والتضمن،

وفي الاصطلاح: ما لا يكون تصور طرفيه كافياً بل يتردد الذهن في النسبة بينهما، ويراد به الإمكان الذهني(٣).

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تنص على أن الأملاك المستقرة لا يزول ملكها عن أصحابها بورود الاحتمال والشك والوهم؛ وذلك لأن الملك الثابت بسبب من أ سباب الملك هو الملك باليقين وهذا الملك لا يتصور زواله بورود الاحتمال والشكوك ومن هنا يظهر أن الشكوك لا تؤثر في زوال الملك وانتقاله بل الأصل المعتبر فيه هو الأصل بقاء ما كان على ما كان(٤).

والقاعدة بمفهومها تدل على أنه إذا ثبت باليقين والبينة الظاهرة مثل وضع اليد سبب من أساب زوال الملك فإن ملكه يعتبر زائلاً عنه.

فالأصل في ثبوت الملك وزواله هو أن يكون الموجب ثابتاً باليقين قائماً على البينة الظاهرة.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

هذه القاعدة منبثقة من القاعدة المشهورة لدى الفقهاء وهي (**اليقين لا يزول بالشك**)(٥) وهي من القواعد الكبرى المتفق عليها وهي جمة الفروع وكثيرة الدوران في كتب الفقه، يتمسك بها الفقهاء، ويعالجون كثيراً من المسائل على أساسها.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على الاعتداد بهذه القاعدة(٦)، وذلك لأن الشك لا ينتهض سبباً ناقلاً

---

(١) انظر: المحصول في علم أصول الفقه: (١/ ١٠١).

(٢) انظر: المصباح المنير: ص(٥٨).

(٣) انظر: التعريفات للجرجاني: ص(١٢).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة: (٥)، والقواعد الفقهية للندوي: ص(٤١٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص٣١٦).

(٦) انظر: رد المحتار (١/ ١٥٠)، الفروق للقرافي (١/ ١١١)، وروضة الطالبين (١/ ٧٧)، وكشاف القناع =

للملك إذا كان الملك ثابتاً باليقين سواء كان ذلك باليقين الثابت بسبب من أسباب الملك أو باليقين المستصحب من الملك الثابت، ولذلك لا ينتقل الملك ولا يزول بالشك وما في معناه.

والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: **"إذا استهل المولود ورث"**(١).

وفي لفظ: **"لا يرث الصبي حتى يستهل صارخاً، واستهلاله أن يصيح أو يعطس أو يبكي"**(٢)، وجه الاستدلال من الحديث: أنه يدل على أن سبب الإرث هو الاستهلال، ولا يثبت الإرث بغير الاستهلال الذي يدل على أنه لاشك في حياة الوارث.

فالشك في حياة الوارث لا يزول به ملك المورث، ولا يثبت به ملك الوارث، كما أن الشك في موت المورث لا يزول به ملكه.

والله أعلم بالصواب.

خامساً: تطبيقات القاعدة:

تخرج على هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة منها:

١- لا يزول ملك المورث عن ماله عند احتمال موته، مثل مال المفقود لا يزول ملكه عنه حتى يثبت باليقين أنه مات(٣)، وقد سبق بيانه.

٢- **ومنها:** لو وقع الشك في تقدم موت المورث والوارث بأن ماتا تحت هدم أو غرق، لا يرث أحدهما الآخر ويرث كل واحد منهما سائر ورثته، ولا يزول ملك أحدهما في حق الآخر(٤).

(١/ ١٣٢)، ومسائل الإمام أحمد (ص١٢)، والمحلى لابن حزم (٢/ ٧٩) رقم (٢١١).

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه (١/ ٤٨٣) (٢/ ٩١٩) في باب ما جاء في الصلاة على الطفل، من كتاب الجنائز، وفي باب إذا استهل المولود ورث من كتاب الفرائض والحديث صححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٦/ ١٤٨-١٤٩).

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه (٢/ ٩١٩)، في باب إذا استهل المولود ورث من كتاب الفرائض برقم (٢٧٥١)، والطبراني في الأوسط (١/ ٢٨٥٣)، وإسناده صحيح انظر: إرواء الغليل (٦/ ١٤٩).

(٣) انظر: المبسوط: (١١/ ٣٨)، وحاشية البجيرمي: (٣/ ٢٦٠)، والقوانين الفقهية: ص(٣٩٤).

(٤) انظر: شرح السراجية: ص(٢٤-١٨)، واللباب شرح الكتاب: (٤/ ١٨٨)، وبداية المجتهد: (٢/ ٣٤٦)، والرحبية: ص(١٩)، وكشاف القناع: (٤/ ٤٤٨).

=

٣-**ومنها**: المسلم الذي أسره العدو ولا يدري أحي هو أم ميت؟ هل يزول عنه ملكه مع هذا الاحتمال أم لا؟ والظاهر أنه في حكم المفقود[١].

٤-**ومنها**: لو خرج بعض المولود حياً، فاستهل ثم انفصل باقيه ميتاً هل يثبت له الملك أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يرث، ولا يثبت ملك الوارث مع الشك في حياته.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.[٢]

وذلك لأنه لم يخرج جميعه، فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره.[٣]

القول الثاني: إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث.

وهذا مذهب الحنفية[٤].

ولأن حياته تثبت بخروج أكثره حياً؛ لأن للأكثر حكم الكل.

الذي يظهر لي هو القول الأول، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل وهو في الحمل الخروج من بطن أمه كاملاً، وعلامة حياته هو الاستهلال بعد الخروج ، وأخذ به لأنه هو اليقين، والله أعلم بالصواب.

٥-**ومنها**: ملك الأسير: لا يزول بمجرد أسره، وذهاب خبره.

٦-**ومنها**: ملك المستأجر هل يزول عن العين المؤجرة بموته أو بموت أحد المتعاقدين أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن ملك المستأجر لا يزول بمجرد موته أو موت أحد المتعاقدين، وهذا قول جمهور

---

(١) انظر: البحر الرائق: (٥/ ١٣٦)، والشرح الكبير للمقدسي: (٧/ ١٤٦)، وإرشاد الساري: (٩/ ٤٤٧).

(٢) انظر: القوانين الفقهية (ص٣٩٥)، والمغني لابن قدامة (٩/ ١٨١-١٨٠)، والعذب الفائض (١/ ١٦)، والرحبية (ص٧٨-٧٩)، والإنصاف (٧/ ٣٣١).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ١٨١).

(٤) انظر: الهداية شرح البداية (١/ ٩٢)، وبدائع الصنائع (١/ ٣٠٢)، واللباب (٤/ ١٩٩)، وتبيين الحقائق (٦/ ٢٤١)، والسراجية (ص٢١٢ وما بعدها).

=

الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.[١]

وذلك لأنها عقد لازم، لا ينقض بهلاك أحدهما ما دام ما تستوفي به المنفعة باقياً.

وقال ابن عمر: إن النبي ﷺ أعطى خيبر لأهلها ليعملوا فيها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر و صدراً من خلافة عمر"[٢]، ولم يذكر أن أبا بكر وعمر جددا الإجارة.[٣]

ولأن الموت يورث الشك في فسخ عقد الإجارة، ولا يقوم سبباً لزوال الملك كما هو الفسخ وذلك لكون العقد لازماً.

القول الثاني: أن ملك المستأجر يزول بموته، وهذا مذهب الحنفية[٤] وإليه ذهب الشعبي والثوري والليث وغيرهم.[٥]

١-وذلك لأن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه، فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً بها، وإن مات المستأجر فإن المنفعة لا تورث.[٦]

٢-ولأن المؤجر بطل ملكه بموته، فيبطل عقده، كما أن ورثة المستأجر لا عقد لهم مع الموجر، والمنافع المتجددة بعد موت مورثهم لم تكن ضمن تركته.[٧]

الذي يظهر لي هو القول بأن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين. وذلك لأن الموت

---

(١) انظر: الشرح الصغير (٤/ ١٧٩، ١٨٣)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٣٢)، وحاشية القليوبي (٣/ ٨٤)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣١).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١٣٧) في باب المزارعة بالشطر ونحوه من كتاب الحرث والمزارعة، ومسلم في صحيحه (٣/ ١١٨٦) في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع من كتاب المساقاة.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٥٢٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١-٢٠٠)، والهداية شرح البداية (٣/ ٢١٥)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٤٧).

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥-١٤٤).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٤٧).

مظنة الفسخ ولا يعتبر فسخاً، ولأن العقد الثابت بالإجارة يقين فلا يزول الملك الثابت بها بالشك.

والله تعالى أعلم بالصواب .

المبحث الحادي عشر: قاعدة: سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك

هذه القاعدة من القواعد المهمة في باب زوال الملك وهي تعالج أحكام ترك الأموال المملوكة، وبها تتضح مسائل الترك، هل هو موجب لزوال الملك أم لا؟

دراسة القاعدة تتجلى بالعناصر التالية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها وألفاظها:

هذه القاعدة بلفظها المذكور ذكرها ابن قدامة في المغني[1]، والشيخ منصور البهوتي[2]، في كشاف القناع[3]، والندوي في الموسوعة[4].

وقد أشار إليها الفقهاء في كتبهم[5]، ومن تلك العبارات التي تؤكد مضمون القاعدة ما جاء في الهداية: «فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها ولا رقبتها، فإذا تركها كان الثاني أحق بها، والأصح أن الأول منتزعها من الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء... وملكه لا يزول بالترك»[6].

جاء في بدائع الصنائع[7]: «أما الأرض المملوكة العامرة فليس لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها؛ لأن عصمة المالك تمنع ذلك، وكذلك الأرض الخراب الذي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون؛ لأن الملك فيها قائم، وإن طال الزمان حتى يجوز بيعها، وهبتها، وإجارتها، وتصير ميراثاً إذا

---

(١) المغني لابن قدامة: (٨/ ١٤٧).

(٢) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين الشهير بالبهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره كان إماماً علامة في جميع الفنون ولد سنة (١٠٠٠)هـ وتوفي سنة (١٠٥١).

انظر: مصطلحات الفقه الحنبلي: ص(٢٢٣)، والسحب الوابلة: (٣/ ١١٣١)، والأعلام: (٧/ ٣٠٧).

(٣) كشاف القناع: (٤/ ١٨٦).

(٤) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ١٩٩).

(٥) انظر: الهداية: (٤/ ٩٩)، والمغني لابن قدامة: (١٣/ ٢٨٧)، والفروق للقرافي: (٤/ ٢٠-١٨)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٤١-٤٣).

(٦) انظر: الهداية شرح البداية: (٤/ ٩٩).

(٧) بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣).

=

مات صاحبها إلا أنها إن كانت خراباً فلا خراج عليها إذ ليس على الخراب خراج.

قال الرملي[١]: «ولا ينافيه قوله: الأملاك لا تزول بالإعراض إذ محله في أملاك محترمة»[٢].

وقال أيضاً: «ومتى ملكه لم يزل ملكه عنه بانفلاته كما لو أبق العبد، ومن أخذه لزمه رده له؛ وإن توحش وكذا بإر سال المالك له في الأصح؛ لأن رفع اليد لا يقتضي زوال الملك كما لو سيب دابته بل لا يجوز ذلك؛ لأنه يشبه السوائب في الجاهلية وقد قال الله تعالى: ﴿ ئۇئۇئېئېئېئىئى ﴾[٣][٤].

وإلى هذا المعنى أ شار الشيرازي في المهذب[٥]: «ومن ملك صيداً ثم خلاه ففيه وجهان: أحدهما يزول ملكه كما لو ملك عبداً ثم أعتقه، والثاني: لا يزول ملكه كما لو ملك بهيمة ثم سيبها» .

هذه العبارات وغيرها من الفقهاء تؤكد مضمون القاعدة وتأصيلها.

وقد جاءت القاعدة بألفاظ أخرى منها: «**الملك لا يبطل بالترك**»[٦].

«لا يزول ملك المالك عن عقاره بخرابه أبداً»[٧]، «**الإسقاط لا يتعلق بالأعيان المملوكة**»[٨].

ثانيا: شرح مفردات هذه القاعدة:

أ-معنى الترك لغة واصطلاحاً:

الترك في اللغة: التخلية عن الشيء[٩]، يقال: تركت الشيء: إذا خليته، وتركت المنزل: إذا رحلت عنه «وتركت الرجل: إذا فارقته» و«ترك الميت: تراثه المتروك»، والتُّرك: جيل من الناس، ثم استعير

---

(١) هو الإمام محمد بن أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي الشافعي، ولد بمصر سنة (٩١٩)هـ، وتوفي سنة (١٠٠٤)هـ، تولّى إفتاء الشافعية بمصر .

انظر: معجم المؤلفين: (٨/ ٢٥٦-٢٥٥) .

(٢) نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٢).

(٣) الآية: (١٠٣) من سورة المائدة.

(٤) نهاية المحتاج: (٨/ ١٢٦).

(٥) المهذب للشيرازي: (١/ ٢٦٤).

(٦) انظر: رسائل ابن نجيم: ص(٥٢).

(٧) انظر: الحاوي القدسي: (و/ ١٣٨).

(٨) انظر: المجموع المذهب: (٢/ ٩٨).

(٩) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(١٥٤).

=

للإسقاط في المعاني، فقيل: ترك حقه: إذا أسقطه، وترك ركعة من الصلاة: إذا لم يأت بها، فإنه إسقاط لما ثبت شرعاً[١].

والترك: الجعل، كأنه ضد كقوله تعالى: ﴿ﭗﭘﭙ﴾[٢]، أي: أبقينا[٣].

الترك في الاصطلاح:

عند أكثر الأصوليين والفقهاء: كف النفس عن الإيقاع، فهو فعل نفسي، وقيل: إنه ليس بفعل[٤].

وقال في التعريفات الفقهية: «الترك بالفتح عدم فعل المقدور بقصد أو بغير قصد، أو مفارقة ما يكون الإنسان فيه»[٥].

ب- هل الترك فعل أم هو امتناع عن الفعل؟

بناء على ما سبق في تعريف الترك اختلف الفقهاء في ماهيته على قولين:

القول الأول: أن الترك فعل إذا كان مقصوداً، فيترتب عليه الثواب والعقاب، و هذا قول الجمهور[٦].

القول الثاني: أن الترك ليس بفعل لأنه لا يحتاج إلى نية ولا يتم بمجرد النية[٧].

ج-ترك الفعل هل هو تمليك أو إعراض؟

هل الترك تمليكاً للشيء المتروك للمتروك له، أو يعتبر إعراضاً عن الشيء المتروك وإهمالاً له قولان عند فقهاء الشافعية[٨]:

ويتمثل هذا الخلاف في مسألة: إذا اشترى داراً أو أرضاً فيها حجارة مدفونة غير خلقية ولم يعلم

(١) انظر: المصباح المنير: ص(٢٩)، ومختار الصحاح: ص(٧٧).

(٢) الآية: (٧٨، ١٠٨، ١٢٩) من سورة الصافات.

(٣) انظر: القاموس المحيط: ص(١٢٠٧).

(٤) انظر: جمع الجوامع: (١/ ٢١٣) وما بعدها، والأحكام للآمدي: (١/ ١٤٧)، وشرح مسلم الثبوت: (١/ ١٣٢)، والمستصفى: (١/ ٩٠)، وأصول السرخسي: (١/ ٩٠)، وحاشية الدسوقي: (٢/ ١١٠)، والأشباه لابن نجيم: (ص٢٦، ٢٩).

(٥) انظر: التعريفات الفقهية: (ص٥٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٢٦)، المستصفى للغزالي: (١/ ٩٠)، المنثور في القواعد الزركشي: (١/ ٢٨٤).

(٧) انظر: المراجع السابقة.

(٨) انظر: كتاب القواعد للحصني: (٢/ ٢٦٦).

=

بها المشتري إلا بعد تمام العقد، وهو يتضرر بقلعها دون إبقائها، فله الرد لكن إذا قال البائع: أنا أتركها، سقط خيار المشتري، لكن هل يكون ترك البائع لها تمليكاً للمشتري أو إعراضاً؟ وجهان: إذ يكون التمليك حصل ضمناً في الترك[1].

ويأتي تفصيل الكلام عند بيان اعتبار القاعدة.

د-الترك في القاعدة يشمل ما يأتي:

١-الإسقاط: وهو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق وتسقط بذلك المطالبه به؛ لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص والإبراء عن الدين[2].

٢-الإهمال وهو الترك والتخلي وعدم الاستعمال[3].

٣-الإعراض وهو المنع والترك وعدم الالتفات[4].

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة واضحة المعنى وجلية المبنى وهي تدل بكل وضوح على أن الأموال إذا ثبت عليها الملك بسبب من أسبابه فإنه لا يزول ولا ينتقل هذا الملك الثابت عنها بتركه وإعراضه وإهماله لها، وذلك لأن زوال الملك لابد من موجبه، والإعراض والإهمال وكذلك ترك الأملاك لا يعتبر موجباً لزوال ملك صاحبه؛ ولأنه يحتمل أنه أهمله لمصلحة أخرى يترقبها وراءه.

والقاعدة بمفهومها تدل على أن الأملاك التي لم يتعين فيها ملك أحد مثل المباحات قبل إحرازها إن تركها وأهملها متملكها فأخذها غيره فهي له، وليس له أحقية الملك فيها.

والقاعدة بدلالتها تشير إلى أثر الترك والإسقاط في زوال الملك وتفيد أن الإعراض والترك لا

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: الاختيار: (٣/ ١٢١، ٤/ ١٧)، والذخيرة: (١/ ١٥٢)، والمهذب: (١/ ٤٤٩)، وشرح منتهى الإرادات: (٣/ ١٢٢).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة: ص(١٠٣٧)، والمصباح المنير: ص(٢٤٥)، والقاموس المحيط: ص(١٣٨٥)، ومختار الصحاح: ص(٦٩٩).

(٤) انظر: القاموس المحيط: ص(٨٣٤-٨٣٢)، ومختار الصحاح: ص(٤٢٤).

=

يؤثر في زوال الملك وانتقاله كما أنها تشير إلى قاعدة أخرى وهي: **ملكية الأعيان هل تقبل الإسقاط أم لا؟**

وهي قاعدة مهمة في بابها وقد سبق بيانها في خصائص الملكية.

ويشترط في ذلك ما يأتي:

١-أن لا يكون الترك قصداً أو صريحاً بأن يصرح أنه ترك هذا الشيء ولا يريد ملكه(١).

٢-أن لا يكون الترك ضياعاً منه، فإن كان ضياعاً فهو في حكم اللقطة.

٣-أن لا يكون الترك مبنياً على خساسة الشيء وحقارته وكساده مثل العجلات المرمية أو الثياب البلية(٢).

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها والعمل بها والأدلة عليها:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها على قولين:

القول الأول: صحة القاعدة واعتبارها على أن الأموال لا يزول ملكها بالترك. وهذا مذهب الحنفية(٣)، والشافعية في الأصح(٤)، والحنابلة في الراجح(٥)، وسحنون وابن الشاط من المالكية(٦).

واستدلوا بما يأتي:

---

(١) انظر: قواعد الحصني: (٢/ ٢٦٦)، والمدخل الفقهي للزرقا: (١/ ٢٥٨).

(٢) انظر: شرح المحلى على المنهاج: (٢/ ٢٤٧)، وحاشية الباجوري: (٢/ ٢٨)، ورسائل ابن نجيم: ص(٥٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٢)، والحاوي القدسي: (٥/ ١٣٨)، ورسائل ابن نجيم: ص(٥٢)، والهداية شرح البداية: (٤/ ٩٩)، وتبيين الحقائق: (٦/ ٣٤).

(٤) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٢) (٨/ ١٢٦)، والمهذب: (١/ ٢٦٤)، وشرح المحلى: (٢/ ٢٤٧).

(٥) انظر: المغني: (٨/ ١٤٧)، (١٢/ ٢٨٧)، والإنصاف: (٦/ ٢٦٩)، وكشاف القناع: (٤/ ١٧٤)، (٤/ ١٨٦)، وشرح منتهى الإرادات: (٢/ ٤٥٩).

(٦) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٢٠-١٨)، وتهذيب الفروق: (٤/ ٤٣-٤١).

=

١-قوله تعالى: ﴿ ئۇئۇئېئېئېئى[١] ئىئى[٢] ئدى[٣] ىيي[٤]﴾[٥] .

قد بينت الآية أن الله تعالى قد كذب أهل الجاهلية الذين كانوا يعتقدون أن الله تعالى قد شرع لهم تسييب هذه الحيوانات وإسقاط ملكية أصحابها عنها.

٢-قوله ﷺ : «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»[٦]. حيث جعل النبي ﷺ له الملك، والأصل عدم إبطاله بل استصحابه.

٣-قياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالبيع والهبة و سائر أ سباب التمليك، فكما لا يجوز بالإجماع إسقاط الملكية الناتجة عن أحد هذه الأسباب فكذلك عدم جواز إسقاط المملوك بالإحياء.

٤-قياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالالتقاط، فمن تملك لقطة ثم ضاعت منه فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملكية واجدها.

القول الثاني: هو التفريق بين الثابت من الأملاك بأسباب فعلية كما في الصيد والإحياء فإن الملك يزول بزوال هذه الأسباب، وكذلك الترك، فيزول الملك الصيد بتوحشه وانفلاته، وملك الأرض المحياة إذا تركت، وأما الثابت بأسباب قولية فإن الملك لا يزول بتركها بل لا بد من سبب ناقل للملك.

وهذا مذهب المالكية[٧]، وهو قول بعض الحنفية في الأرض المحياة[٨]، وذلك لأن الملك بالأسباب الفعلية أضعف من الملك الحاصل بالأسباب القولية، فالملك الناتج عن الأسباب القولية يتقوى بكونه مبنياً على ملك سابق، في حين أن الملك الناتج عن الأ سباب الفعلية لا يبنى على هذا الأ ساس

(١) وهي مشقوقة الأذن، بنت السائبة التي تحلى مع أمها، المصباح المنير: (١/ ٤٢).

(٢) وهي الناقة التي تسيب في الجاهلية لنذر أو نحوه. انظر: مختار الصحاح: ص(٧٢٥).

(٣) وهي الشاة التي تلد سبع أبطن عناقين عناقين، فإن ولدت في الثامنة جدياً ذبحوها لآلهتهم وإن ولدت جدياً وعناقاً قالوا: وصلت أخاها، فلا يذبحون أخاها من أجلها. انظر: مختار الصحاح: ص(٧٢٥).

(٤) هو الفحل إذا ضرب عشرة أبطن. المفردات للراغب: ص(١٨٩).

(٥) الآية: (١٠٣) من سورة المائدة.

(٦) سبق تخريجه: (١٨٩) .

(٧) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ١٨) وما بعدها.

(٨) انظر: البناية: (٨/ ١٣٨-١٣٧).

=

لذا كان أضعف منه وبالتالي فإن الملك يزول عنه بمجرد الترك أو الإعراض الذي يستلزم زوال الفعل[1].

الذي يظهر لي هو القول بصحة القاعدة، وأن الملك لا يزول بترك الأملاك وذلك لدلالة النص، ولأن الترك إذا لم يكن مقصوداً من تاركه فلا يعتبر فعلاً والله أعلم بالصواب.

خلاصة ما ذكر أن الملك الثابت لإنسان لا يزول بتركه والإعراض عنه، فلو أسقط ملكيته أو أعرض عنها فإنها تبقى ملكاً له.

خامساً: تطبيقات القاعدة:

تنطبق على هذه القاعدة جملة من المسائل الفقهية منها:

١-لو صاد إنسان حيواناً ثم أطلقه، فإنه يبقى على ملكيته، فإن صاده آخر فإن للأول ا سترداده منه[2].

٢-**ومنها**: لو ترك الموات بعد إحيائها حتى دثرت وعادت مواتاً لا يزول ملك المحي عنها بهذا الإعراض[3]، خلافاً للمالكية[4].

٣-**ومنها**: لو أبق العبد، فأعرض عنه صاحبه فإنه لا يزول ملكه عنه بهذا الإعراض[5].

سادساً: يستثنى من هذه القاعدة ما يأتي:

١-الدواب المسيبة إذا تركها أصحابها في مكان يعد مهلكة لها، ففي هذه الحالة يسقط ملك مالكها عنها، ويحق لمن وجدها أن يمتلكها[6].

٢-المحقرات التي يعرض عنها أصحابها، والتي يغلب على الظن أن فاقدها لا يسأل عنها، ولا يطلبها فإن وجدها يملكها.

---

(١) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ١٨).

(٢) انظر: المهذب: (١/ ٢٦٤)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٢٤-٢٢٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: (٦/ ١٩٣)، ونهاية المحتاج: (٨/ ١٢٧-١٢٦)، والمغني لابن قدامة: (١٨/ ١٤٧).

(٤) انظر: الفروق للقرافي: (٤/ ٢٠-١٨).

(٥) انظر: نهاية المحتاج: (٥/ ٣٣٢).

(٦) انظر: كشاف القناع: (٤/ ٢١٠)، والمغني: (٥/ ٧٤٤).

قال الحجاوي[1]: «أحدها ما لا تتبعه همة أوساط الناس كالسوط، والشسع والرغيف، والكسرة والثمرة والعصا وما قيمته كقيمة ذلك، فيملك بأخذه، وينتفع به آخره بلا تعريف...»[2].

٣-وكذلك ما ألقي خوف الغرق أو الخطر العظيم .

(١) هو أبو العباس موسى بن أحمد بن موسى بن سالم شرف الدين الحجاوي المقدسي ثم الصالحي، ولد بقرية حجة من قرى نابلس في سنة (٨٩٥)هـ، انفرد في عصره بتحقيق مذهب الإمام أحمد بن حنبل -رحمه الله-، لازم العلامة الشويلي، من آثاره العلمية: كتاب الإقناع، وزاد المستنقع مختصر المقنع، وحاشية التنقيح وغير ذلك، توفي سنة (٩٦٨)هـ .

انظر: السحب الوابلة: (٣/ ١١٣٤)، والنعت الأكمل للغزي: ص(١٢٤)، وشذرات الذهب: (٨/ ٣٢٨) .

(٢) انظر: الإقناع: (٢/ ٣٩٨).

المبحث الثاني عشر: ضابط: ضياع المال لا يزيل ملك ربه عنه

هذا الضابط من الضوابط التي تتعلق بزوال الملك وانتقاله. وهو يعالج أثر الضياع في زوال الملك وانتقاله. كما أنه يتعلق بتملك اللقطات.

والضابط يشمل أيضاً مسائل الالتقاط وما في معناه.

دراسة الضابط يتكون من العناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل الضابط، ووضعه:

هذا الضابط بالصيغة المذكورة ذكره الماوردي في الحاوي الكبير[١]،وكذلك الندوي في موسوعته[٢]، وأشار إلى الأصل المذكور ابن قدامة في المغني فقال: «فإن التقطها آخر، فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه؛ لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ، فلا يزول ذلك بالضياع»[٣] .

والقاعدة أشار إليه الفقهاء في كتبهم[٤]، عند بيان التفريع والتطبيق عليه .

ثانياً: شرح مفردات الضابط وما يتعلق به من الأحكام:

أ- معنى الضياع لغة واصطلاحاً:

الضياع في اللغة: الهلاك، يقال: ضاع الشيء يضيع ضِياعاً، و ضَياعاً: أي هلك وتلف و صار مهملاً، وأضاع: فشت ضياعه وكثرت، وأضاع الشيء: أهمله وأهلكه، كضيعه، وتضيع المسك: فاح، والضيعة: العقار[٥].

وفي الاصطلاح: هو خروج الشيء عن الانتفاع المقصود به، سواء بقي أو لم يبق أصلاً، وهو يطلق على الهلاك أيضاً.

والمقصود بالضياع هنا هو فقدان الشيء وإهماله.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: (٧/ ١٧٠).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٢٢٨).

(٣) المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٦)، وكذلك انظر: كشاف القناع: (٣/ ٤٢٤).

(٤) انظر: الهداية شرح البداية: (٤/ ٩٩)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢٢٤).

(٥) انظر: مختار الصحاح: ص(٣٨٦)، والقاموس المحيط: ص(٩٦)، والمصباح المنير: ص(١٣٩) .

=

ب- الفرق بين الفقدان والضياع:

الفقد أو الفقدان هو عدم الشيء بعد وجوده، وهو أخص من العدم؛ لأن العدم يقال فيه وفيما لم يوجد بعد(١).

والفقدان والضياع بمعنى واحد، إلا أن الضياع قد يتضمن معنى الإتلاف بخلاف الفقدان. والله أعلم بالصواب.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط ينص على أن إهمال المال وضياعه لا يكون موجباً لزوال الملك وانتقاله عن صاحبه، بل يبقى المال على ملك صاحبه حتى ينقل صاحبه بسبب من الأسباب الناقلة للملك.

وعلى هذا ضياع المال لا يرد الملك إلى أصل الإباحة ولا تعود اللقطة وما في معناها إلى أصل الإباحة، بل تكون اللقطة على ملك صاحبها حتى يتملكها آخذها بعد الالتقاط والتعريف.

والضابط يشير أيضاً إلى أن تملك اللقطات يكون بالضمان لصاحبها ولا يكون بأصل الإباحة وهو دليل على أن اللقطة على ملك صاحبها، كما أنه يفيد أن اللقطة وما في معناها إذا ضاعت لا تخرج عن ملك صاحبها بدليل إذا جاء صاحبها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها نماء ملكه، وإن أتلفها الملتقط أو تلفت عنده بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل(٢).

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذا الضابط وصحته:

هذه الضابطة من الضوابط التي لا تخالفها أصول المذاهب الفقهية(٣)، وهي من القواعد التي استمر عليها العمل لدى الفقهاء، ولكن فقهاء الشافعية والحنابلة اعتنوا بذكرها من غيرهم.

والضابط مبني على مسألة مهمة وهي: مسألة ضياع اللقطة.

قال ابن قدامة فيها: «وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه، لأنها أمانة في

(١) انظر: الكليات للكفوي: ص(٦٩٤).

(٢) انظر: تبيين الحقائق: (٣/ ٣٠٣-٣٠٢)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٦)، والمغني والشرح الكبير: (٦/ ٣٤٣-٣٣٩).

(٣) انظر: البناية: (٦/ ٢٣-٢٠)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ١٢٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٤-٤١٢)، وروضة الطالبين: (٥/ ٤١٥)، والمغني: (٨/ ٣١٦)، وكشاف القناع: (٣/ ١٥١).

=

يده، فأشبهت الوديعة، فإن التقطها آخر وعرف أنها ضاعت من الأول عليها ردها إليه»[١].

هذا يدل على أن اللقطة بعد ضياعها تبقى على ملك صاحبها.

والأصل في هذا قوله ﷺ: «**فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه**»[٢].

وجه الدلالة منه: أنه ﷺ أضاف اللقطة إلى صاحبها إضافة تمليك وهذا يدل أن الضياع لا يؤثر في انتقال الملك.

وكذلك قوله ﷺ: «**عرّفه سنة فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به**»[٣].

حيث أن النبي ﷺ رخص للملتقط أن ينتفع بها بعد التعريف لمصلحة تتحقق لصاحبها ورخصته تدل على أن ملك صاحبها باق عليها ولم تأت الرخصة على سبيل الإباحة المطلقة مثل إحياء الموات وإنما جاءت الرخصة كيلا تضيع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها، وملكها بعد التعريف حفظاً لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه[٤].

ولأنها مال لمعصوم لم يرض لزوال ملكه عنها، ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك لم يزل ملكه عنه كغيرها[٥].

خلاصة القول في هذا الضابط أن ملك المالك لا يزول إلا بسبب مشروع، ومن المعلوم أن الضياع والفقدان والإهمال ليس سبباً مشروعاً موجباً لزوال الملك وهذا إذا لم تثبت قرينة تدل على أن الإهمال لا يراد من صاحب الملك، وقد يظهر من فعله ما يدل على تخليه عن ملكه لعدم حاجته أو لتقصيره عن النفقة عليه أو لحقارة ما فقده أ سقط منه، فإن علم أن المالك قد تخلى عنه لما تقدم فيجوز أخذه وتملكه[٦]. والله أعلم .

خامساً: الفروع المندرجة تحت الضابط:

---

(١) المغني لابن قدامة: (٨/ ٣١٦).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٢/ ٢٥٣) وما بعدها من كتاب اللقطة.

(٣) الحديث أخرجه النسائي: (٥/ ٣٢)، في باب المعدن من كتاب الزكاة والدارقطني في سننه: (٤/ ٢٣٦)، في باب المرأة تقتل إذا ارتدت من كتاب الأقضية والأحكام. إسناده حسن، كما ذكره محقق الدارقطني: (٤/ ١٥٢) .

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٣٠٥).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: (٨/ ٢٩٩).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ١٢٠)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤١٤)، وكشاف القناع: (٤/ ٢٠٩).

=

تندرج تحت هذا الأصل جملة من المسائل الفرعية أذكر هنا شيئاً منها:

١-اللقطة إذا ضاعت فلا يزول ملكها عن صاحبها[١].

٢-**ومنها**: تملك اللقطة هل هو من باب الضمان أو من باب تملك المباحات. [٢]

(١) سبق بيان المسألة قبل. انظر: المغني: (٨/ ١٤٧).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

المبحث الثالث عشر: قاعدة: كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته

هذه القاعدة تتعلق بثبوت الملك بعد انتقاله من مالك إلى آخر. وهي بالصيغة المذكورة تعالج حكم اشتراط القبض والحيازة في الشيء الذي يملكه صاحبه بغير عوض كما أنها تتعلق بموجبات انتقال الملك بغير عوض.

يأتي بيان القاعدة ودراستها على الترتيب المذيل:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها:

هذه القاعدة من القواعد التي اعتنى بها فقهاء المذهب المالكي، وهي قاعدة مهمة في باب زوال الملك وانتقاله في الهبات والعطايا.

وقد ذكرها بلفظها المذكور الونشريسي[1] في عدة البروق[2]، والشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي[3] في إعداد المهج[4]، والندوي في الموسوعة[5]، و ذكر الزقاق[6] في المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب[7].

وما بغير عوض ينتقل فحوزه حتماً به يكتمل.

قال ابن المنجور في شرحه: «كل ما ينقل ملكه بغير عوض فلا بد فيه من الحوز وبه يكون تمامه، كالهبة»[8].

---

(١) هو أبو العباس .

(٢) عدة البروق في الجمع ما في المذهب من الجموع والفروق: ص(٥٨١).

(٣) من علماء المالكية المعاصرين، ممن يقوم بالتدريس في الحرم المكي.

(٤) إعداد المهج للاستفادة من المنهج: ص(١٦٨).

(٥) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٣٤٢).

(٦) الزقاق: هو أبو الحسين علي بن قاسم بن محمد التجبي المالكي المعروف بالزقاق من علماء فاس توفي سنة (٩١٢)هـ .

انظر: شجرة النور الزكية: ص(٢٧٤)، والأعلام: (٤/ ٣٢٠)، ومعجم المؤلفين: (٧/ ١٦٩).

(٧) منظومة المنهج المنتخب: ص(٤٣٠).

(٨) شرح المنهج المنتخب: ص(٤٣٠).

=

وأشار إليها المقري في إيضاح المسالك بلفظ: «العطايا تلزم بالقول وتتم بالقبض»[(١)].

وأشار إلى القاعدة كثير من فقهاء المالكية أيضاً[(٢)].

ثانياً: شرح مفردات القاعدة وما يتعلق بها:

أ-قولهم: كل ملك انتقل بغير عوض: أي كل ما ينقل الملك بغير بدل وهي الأسباب التي تنقل الملكية من مالك إلى غيره بدون مقابل.

وهذه الأسباب حصرها ابن سهل[(٣)]، من فقهاء المالكية في ستة عشر نوعاً.

أذكر هذه الأنواع على النحو التالي:

الأول: الحبس وهو الوقف.

الثاني: الصدقة.

الثالثة: الهبة.

الرابع: العمرى.

الخامس: العطية.

السادس: النحلة هي مرادفة للعطية[(٤)].

السابع: العرية.

الثامن: المنحة وهي في الأصل الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها ثم يردها إذا انقطع اللبن ثم كثر استعمالها حتى أطلق على كل عطاء[(٥)].

وقيل: هي هبة غلة الأصول[(٦)].

---

(١) كتاب القواعد للمقري: (٥/ ٩٠).

(٢) انظر: المنتقى: (٦/ ٩٤)، وحاشية الدسوقي: (٤/ ١٠١)، والكافي: (٢/ ٩٩٩)، والتوضيح: (٣/ ١٢٣-١٢٢).

(٣) ابن سهل: هو عيسى بن سهل بن عبد الله أبو الأصبغ الأسدي القرطبي، نفقه بابن عتاب ولازمه، وله الإعلام بنوازل الأحكام توفي سنة ٤٨٦هـ. انظر: الديباج المذهب: ص(١٨٢-١٨١)، وشجرة النور الزكية: ص(١٢٢).

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب: ص(٤٣١).

(٥) انظر: المصباح المنير: (٢/ ٥٨٠).

(٦) انظر: شرح المنتهج المنتخب: ص(٤٣١).

=

التاسع: الهدية.

العاشر: الإسكان وهي هبة سكنى الدار.

الحادي عشر: الإرفاق وهو أن يرفق جاره بجدار أو سقي أو طريق أو قاعة يبني فيها ونحو ذلك(١).

الثاني عشر: العدة.

الثالث عشر: الإخدام هو هبة خدمة العبيد(٢).

الرابع عشر: الصلة وهي العطية لذي الرحم(٣).

الخامس عشر: الحبا -بالمد أو الكسر- وهي عطية مطلقة(٤).

السادس عشر: الرهن.

وأشار إلى هذه الأقسام القرافي في الذخيرة أيضاً(٥).

ب-معنى الحيازة لغة واصطلاحاً:

الحيازة والحوز لغة: الجمع والضم، وكل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه(٦).

الحيازة في الا صطلاح: أكثر ما يستعمل هذه الكلمة فقهاء المذهب المالكي، إنهم استعملوها في كتبهم لمعنيين:

الأول: وهي الإطلاق العام: وهو إثبات اليد على الشيء والتمكن منه(٧)، وهو نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء(٨)، وقالوا: الحوز والقبض شيء واحد(٩)، وبهذا المعنى قد تطلق على الإحراز

(١) انظر: شرح منح الجليل: (١٣/ ٦٩).

(٢) انظر: المصباح المنير: (١/ ١٦٥)، وشرح منح الجليل: (٣/ ٦٩).

(٣) شرح منح الجليل: (٣/ ٦٩).

(٤) انظر: المصباح المنير: (١/ ١٢٠)، ومختار الصحاح: ص(١٢١).

(٥) الذخيرة للقرافي: (٤/ ٤٠١-٣٩٩).

(٦) انظر: المصباح المنير: ص(٦٠) مختار الصحاح: ص(١٦٢)، والقاموس المحيط: ص(٦٥٥).

(٧) انظر: الشرح الصغير: (٤/ ٣١٩)، والفواكه الدواني: (٢/ ١٦٨)، وشرح التسولي: (١/ ١٦٨).

(٨) انظر: الكليات: (٢/ ١٨٧)، ط. دمشق.

(٩) انظر: الرسالة للقيرواني: ص(٢٢٨)، وحاشية الحسن بن رحال على شرح تحفة ابن عاصم: (١/ ١٠٩)، والقوانين =

وهو حفظ الشيء وصيانته عن الأخذ(١)، أو جعل الشيء في الحرز وهو موضع الحصين(٢).

الثاني: الحيازة بالمعنى الأخص عند المالكية هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف(٣).

قال الحطاب: «الحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والإزدراع ويليها الهدم والبناء والغرس والاستغلال ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله»(٤).

والحيازة أعم من الإحراز، وقد يكون الشيء المحوز في حرز أو لا يكون(٥).

والمقصود بالحيازة هنا وضع اليد على الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة بالصيغة المذكورة تدل على أن انتقال الملك وزواله في الهبات وما في معناها لا يتم قبل حيازتها ووضع اليد عليها، فلا ينتقل ملك المالك من الموهوب قبل قبض الموهوب له، فالصلات والعطايا وغيرها يشترط في انتقال ملكيتها حيازتها والمكنة من الانتفاع بها.

والقاعدة بمدلولها تشير إلى أن الأملاك التي ينتقل ملكها بعوض فلا يشترط في انتقال ملكها الحيازة والقبض.

كما أن القاعدة تفيد أن انتقال الملك من مالك إلى غيره قد يكون بعوض وهو المعاوضات المحضة، وقد يكون بغير عوض وهي العقود التي لا معاوضة فيها وهي عقود التبرعات.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة:

الفقهية: ص(٣٢٨).

(١) انظر: النهاية لابن الأثير: (١/ ٣٦٦).

(٢) انظر: الطلبة الطلبة: ص(١٠٦)، والشرح الصغير: (٤/ ٣١٩).

(٣) انظر: كفاية الطالب الرباني: (٢/ ٣٤٠).

(٤) مواهب الجليل: (٦/ ٢٢٢).

(٥) انظر: الكليات: (٢/ ١٨٧).

=

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة و صحتها بناء على مـ سألة ا شتراط القبض في لزوم عقود التبرعات على قولين:

القول الأول: إنها قاعدة صحيحة المعنى وصالحة الاعتبار ولكنهم قالوا إن القبض شرط في ذلك، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣)، وقول للمالكية(٤).

والأصل في هذا إجماع الصحابة كما ذكره ابن قدامة(٥).

وكذلك القياس على الصدقات المطلقة.

ويمكن أن يستدل لها أيضاً بما روي عن النبي ﷺ أنه أهدى إلى النجاشي أواقاً من مسك ثم قال لأم سلمة: «**إني لا أراه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد، فإذا ردّ إلي فهو لك أم لكم، فكان كما قال**»(٦).

فدل هذا الحديث على أن الهدية لا تملك إلا بالقبض.

وكذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الأنحال: «أن ما قبض منها فهو جائز، وما لم يقبض فهو ميراث»(٧).

القول الثاني: اعتبار القاعدة بمعناها المدلول، وأن القبض ليس بشرط بل الحيازة والتمكن من الاستفادة شرط استقرارها وتمامها لا لزومها. وهو المشهور من مذهب الإمام مالك(٨).

---

(١) انظر: رد المحتار: (٨/ ٤٧٠-٤٢٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص(٣٥٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين: (٥/ ٣٧٥)، ومغني المحتاج: (٢/ ٤٠٠).

(٣) انظر: المحرر: (١/ ٣٧٤)، والقواعد لابن رجب: ص(٧١).

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب: ص(٤٣٠)، والشرح الكبير: (٤/ ١٠١).

(٥) انظر: المغني: (٨/ ٢٤١).

(٦) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك: (٢/ ١٨٨)، وقال الذهبي: منكر، ومسلم الزنجي ضعيف.

(٧) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٦/ ١٧٠).

(٨) انظر: حاشية الدسوقي: (٤/ ١٠١)، والكافي: (٢/ ٩٩٩)، والمنتقى: (٦/ ٩٤)، والمختصر الفقهي لابن الحاجب: (٩/ ١٩٢).

=

واستدلوا بالقياس على البيع، حيث أن المشتري يملك ما اشتراه بالعقد ولو لم يقبضه[1].

الذي يظهر لي هو القول باشتراط القبض للزوم الصلات والهبات وذلك لقوة ما استدلوا به.

والقاعدة تنص على أن لزومها لا يتوقف على القبض بل يشترط لتمامها الحيازة وما في معناها.

خامساً: الفروع المندرجة تحت القاعدة:

تندرج تحت هذه القاعدة مسائل كثيرة من باب التبرعات منها:

١-الهبة هل يملكها الموهوب له قبل الحيازة أم لا؟ وهو بغير خلاف أنها تتم الهبة بعد القبض والحيازة وقد سبق بيان ذلك.

٢-**ومنها**: الوقف: هل يملكه الموقوف عليه أم لا؟ وقد سبق بيان ذلك، واشتراط القبض في الجملة لتمام الوقف وزوال ملكية الوقف عن الواقف وهذا هو الظاهر[2].

---

(١) انظر: الشرح الكبير: (٤/ ١٠١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/ ٣٦٥-٣٦٤)، والقوانين الفقهية: ص(٣٦٥-٣٦٤)، ومغني المحتاج: (٣/ ٣٨٣)، والمغني لابن قدامة: (٥/ ٦٠٠).

المبحث الرابع عشر: قاعدة: المالك لا يجبر على إزالة ملكه

هذا القاعدة من القواعد المهمة في باب تصرف الملاك في أملاكهم وكذلك تصرفهم في إزالة ملكهم، وهي تعالج مدى صلاحية إجبار المالك على إزالة ملكه وانتزاعه عنه قهراً والقاعدة من الأصول المهمة في هذا الباب.

دراسة القاعدة تتكون من العناصر الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة ووضعها:

الأصل في الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى انتقال الملكية في حياة صاحبها أنه لا بد أن يكون برضاه وإرادته، وإلا فإن الانتقال لا يجوز ولا يعتبر[1]، و لا يثبت الملك و لا زواله بالإكراه و الإجبار.

ولهذا و ضعت الشريعة القواعد التفصيلية لكل طريق من طرق انتقال الملكية بما يضمن حرية المتعاقدين في التعبير عن إرادتيهما .ومن تلك القواعد: عدم التعدي على الملكيات الخاصة .

القاعدة بالصغية المذكورة ذكرها الماوردي في الحاوي الكبير: [2] حيث قال: «أما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب، ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته، فالقول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه» .

وقد ذكرها الندوي في موسوعته[3]، وذكرها الماوردي في موضع آخر بلفظ[4]: «**المالك لا يجبر على بيع ملكه**»، وإليه أشار الصديق حسن خان في كتابه «إكليل الكرامة»[5]، فقال: «وقد ثبت بالقطع الذي لا يخالف فيه مسلم أن أصل أموال العباد التحريم، وأن المالك للشيء مسلط عليه يحكم فيه، ليس لغيره فيه إقدام ولا إحجام، إلا بدليل يدل على ذلك، كالحقوق الواجبة في الأموال... فمن

---

(١) انظر: تخريج الفروع على الأصول: ص(٦٢)، والمجموع شرح المهذب: (٩/ ٣٤٢) وما بعدها .

(٢) الحاوي الكبير: (٧/ ٢١٥) .

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للندوي: (٢/ ٤٣١).

(٤) الحاوي الكبير: (٧/ ١٨٧).

(٥) إكليل الكرامة: ص(١٩٨).

ادعى أنه يحل له أخذ مال أحد من عباد الله ليضعه في طريق من طرق الخير، وفي سبيل من سبل الرشد لم يقبل منه إلا بدليل يدل على ذلك بخصوصه، ولا يفيده أنه يريد وضعه في موضع حسن، وصرفه في مصرف صالح، فإن ذلك ليس إليه بعد أن صار المال ملكاً لمالكه، وهذا لا يخفى على أحد ممن له أدنى علم بهذه الشريعة المطهرة، وبما ورد في الكتاب والسنة» .

وقال الشافعي: «لا يزول ملك المالك إلا أن يشاء ولا يملك رجل شيئاً إلا أن يشاء إلا في الميراث... قال الله ﷻ: ﴿ ﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵ ﴾(١)، وقال: ﴿ ﭢﭣﭤﭥﭦﭧﭨﭩﭪ ﴾(٢). فلم أعلم أحداً من المسلمين خالف في أنه لا يكون على أحد أن يملك شيئاً إلا أن يشاء أن يملكه إلا الميراث، فإن الله عز وجل نقل ملك الأحياء إذا ماتوا إلى من ورثهم إياه شاؤوا أو أبوا ، ألا ترى أن الرجل لو أوصى له، أو وهب له، أو تصدق عليه، أو ملك شيئاً لم يكن عليه أن يملكه إلا أن يشاء، ولم أعلم أحداً من المسلمين اختلفوا في أن لا يخرج ملك المالك المسلم من يديه إلا بإخراجه إياه هو نفسه ببيع أو هبة أو غير ذلك، أو عتق أو دين لزمه فيباع في ماله، وكل هذا فعله لا فعل غيره»(٣).

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تدل على أن صاحب الملك يتصرف في ملكه باختياره، وليس لأحد أن يجبره على إزالة ملكه ونقله، والشريعة الإسلامية قررت له هذا الأساس حصاناً لملكيته الخاصة.

وقد دلت النصوص الشرعية المتعددة على أن الأساس في انتقال الملك وإزالته إنما هو رضاه، واختياره إما على سبل التجارة وتبادل الأموال، وإما على سبيل الهبة والإعطاء، ففي كل الأحوال لابد من الرضا وطيب النفس والاختيار.

وليس لأحد أن يجبره ويقهره على نقل ملكه وإزالته بدون اختياره.

والقاعدة بمفهومها العام تدل أيضاً على أن إجبار صاحب الملك على إزالة ملكه وانتقاله يعتبر تعدياً في حقه، وحق تصرفه، وليس لأحد أن يتعدى في ملك غيره.

وأن الإجبار على صاحب الملك لا يوجب إزالة ملك المالك لكونه تعدياً ومحرماً، والقاعدة تقرر

(١) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٢) الآية (٢٧٥) من سورة البقرة.

(٣) انظر: الأم: (٣/ ٢١٩-٢١٨).

هنا حماية الملكية الخاصة و ضوابطها من حيث لوازمها وتوابعها، فالمتصرف في ملكه يتصرف بإرادته واختياره وليس لأحد أن يزاحمه في هذا التصرف والاختيار.

ثالثاً: أقوال العلماء في اعتبار هذه القاعدة وصحتها:

هذا الضابط من الضوابط المشهورة التي لا يخالفه أصول المذاهب الفقهية، بل هو من الأسس المقررة في الشريعة الإسلامية[1].

والأدلة على هذا كثيرة منها:

١-قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ٹ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٿ ڤ ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڄ ڄ ڃ ڃ ڄ ﴾[2].

فقوله تعالى: ﴿ ڦ ڄ ڄ ڃ ڃ ڄ ﴾ استثناء منقطع، والمعنى ولكن إذا كانت تجارة عن تراض منكم فإنها لا تدخل في النهي، وأن التراضي هو شرط أساس في اعتبار التجارة والتبادل المالي.

٢-قوله تعالى: ﴿ ﮈ ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ۓ ۓ ﴾[3].

والأساس في زوال الملك وانتقاله هو طيب النفس والإعطاء عن طواعية واختيار.

٣-قوله ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**»[4].

حيث جعل مبادلة المال بالمال عن طريق التراضي لا عن طريق الإجبار والقهر.

٤-ولأن مقتضى الملك أن يكون صاحبه متصرفاً في ملكه باختياره وإرادته، ولأن الملك هو القدرة على التصرف والانتفاع به.

وعلى هذا فإن الأصل في هذا الباب أن المالك يتصرف في ملكه بإرادته واختياره.

إلا أن الشريعة الإسلامية أجازت نوعاً من التملك القهري بنزع الملكية الفردية من صاحبها في صور متعددة عندما تدعو الضرورة أو الحاجة إليه. وذلك إما مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى

---

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص(١٠٩-١٠٦)، والمعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم: ص(٧٣-٧٢)، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص(١٤٥-١٤٣)، والاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي: ص(١٨٩-١٨٧)، ومحاضرات في المجتمع الإسلامي: ص(٢٧)، والموافقات للشاطبي: (٢/ ٣١٦-٣١٧).

(٢) الآية: (٢٩) من سورة النساء.

(٣) الآية: (٤) من سورة النساء.

(٤) الحديث سبق تخريجه في ص: (١٣٢)

بالاعتبار من مصلحة المالك وإما تلبية لمصلحة عامة(١).

وهذا وإن كان خلاف مقتضى الملك كما أشار إليه الفقهاء(٢)، إلا أن المصلحة تستدعي ذلك.

والصور التي أجازت الشريعة فيها نزع الملكية إجباراً عليه صنفان:

الأول: الصور التي أجازت الشريعة فيها نزع الملكية مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى بالاعتبار من مصلحة المالك وهي:

أ-الشفعة: صورة من صور نزع الملكية جبراً على صاحبها فالشفيع يملك المشفوع فيه من غير رضا المشتري(٣).

ب-الحجر على المدين، وبيع أمواله جبراً عنه وفاء لديونه: إذا كانت الديون مستغرقة لأموال المدين، وطلب غرماؤه الحجر عليه فإن الحاكم يحجر عليه ويبيع أمواله وفاء لديونه(٤).

ج-بيع الرهن عندما امتنع الراهن سداد دينه(٥).

الثاني: الصور التي يجوز فيها نزع الملكية مراعاة لمصلحة عامة:

أ-بيع الطعام المحتكر جبراً عن صاحبه عند الحاجة إليه(٦).

ب-استملاك الأراضي المجاورة للمسجد جبراً عن صاحبها إذا ضاق المسجد بالناس(٧).

ج-استملاك الأراضي المجاورة للطرق العامة جبراً عن أصحابها إذا احتاج الناس إليها(٨).

---

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية: ص(١٠٩-١٠٦).

(٢) انظر: الأم: (٣/ ٢١٨)، وإكليل الكرامة: ص(١٩٨)، وطريقة الخلاف للقاضي حسين: ص(٢٠٠).

(٣) انظر: المبسوط: (١٤/ ٩٠)، وإعلام الموقعين: (٢/ ١٢٠)، والمذاهب الفقهية في الرهن والشفعة: ص(١١).

(٤) انظر: القواعد لابن رجب: ص(٣٢).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي: (٢٤/ ١٦٤)، والإشراف على مسائل الخلاف: (٢/ ١١)، وجواهر العقود: (١/ ١٦٤)، ومغني المحتاج: (٢/ ١٤٦)، وحاشية الجمل: (٣/ ١٨)، ورحمة الأمة: (٢/ ١٢)، ومراتب الإجماع: ص(٥٨).

(٦) انظر: الاختيار: (٣/ ١١٥)، والقوانين الفقهية: ص(١٢٠)، والمجموع: (١١/ ١٦٧)، والتكافل الاجتماعي: ص(٦٠-٦١).

(٧) انظر: شرح المجلة للأتاسي: (٤/ ١٥٨)، والبهجة شرح التحفة: (٢/ ٧٦)، والذخيرة: (٦/ ٣٣)، والدين الخالص: (٣/ ٢٥٠-٢٥١)، والمدخل الفقهي العام للزرقا: (١/ ٢٢٧).

(٨) انظر: البهجة شرح التحفة: (٢/ ٧٦)، والمقارنات التشريعية: (١/ ٣٨٦).

=

وقد نصت على هذا مجلة الأحكام العدلية: «المادة: (١٢١٦): لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان، ويلحق بالطريق ولكن لا يؤخذ من يده مالم يؤد له الثمن»(١).

وقد جاء في شرح المنهج المنتخب: «إذا اجتمع ضرران أسقط الأكبر الأصغر، ومن ثم يجبر المحتكر على البيع، وجار المسجد إذا ضاق، وجار الطريق والساقية إذا أفسدهما السيل»(٢).

وهذا الخلاف إن كان خلافاً لمقتضى الملك وقد جعل له الفقهاء ضوابط وأشار إليها، قال ابن رجب في القواعد(٣): «من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكه، فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه، ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل» .

جاء في تبصرة الحكام(٤): «الأشياء التي لا تنقسم أو في قسمتها ضرر يجوز أن يجبر على البيع من أباه إذا طلب البيع أحدهما، وإنما يجبر على البيع من أباه دفعاً للضرر اللاحق بالطالب؛ لأنه إذا باع نصيبه مفرداً نقص ثمنه» .

وأشار إليه الإمام ابن حزم بقوله: «يؤخذ الملك من مالكه كرهاً فيما لزمه من نفقة زوجه التي هي لعلها أغنى منه، وأقدر على المال وفي أشياء كثيرة من أروش ما تلف بخطأ، وبغير قصد وبقصد»(٥).

هذه العبارات من الفقهاء تفيد أن القاعدة تخرج عنها صور متعددة لأجل الضرورة أو الحاجة.

رابعاً: الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

تنطبق على هذه القاعدة مسائل فرعية متعددة، أذكر هنا جملة منها:

١-بيع الرهن: لا يجبر الراهن على بيع رهنه إذا أراد سداد دينه فإن وفي الدين جميعه في ماله غير

(١) مجلة الأحكام مع شرحها: (٤/ ١٥٨).

(٢) شرح المنهج المنتخب: ص(٢٢٥-٢٢٣).

(٣) القواعد لابن رجب: ص(١٥٠-١٤٧).

(٤) تبصرة الحكام: (٢/ ٢١٦).

(٥) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: (١/ ٤٨).

=

المرهون انفك المرهون وليس للمرتهن أن يأخذه بمقابل دينه، أو أن يبيعه وفاء بدينه وهذا بلا خلاف بين الفقهاء.(١)

فإن امتنع عن وفاء الدين وبيع المرهون لأداء الدين من ثمنه فقد اختلف الفقهاء في إجباره على بيع المرهون على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يأمره الحاكم بوفاء الدين من ماله أو بيع المرهون، وأدائه من ثمنه فإن أصر على الامتناع من كلا الأمرين عزره الحاكم بالحبس أو الضرب لبيع المرهون، فإن لم يفعل باع الحاكم المرهون، وقضى الدين من ثمنه، لأنه تعين طريقاً لأداء الواجب.

وهذا مذهب الشافعية(٢) والحنابلة.(٣)

القول الثاني: لا يضرب ولا يحبس ولا يهدد بهما، بل يقتصر الحاكم على بيع المرهون وأداء الدين من ثمنه وهذا مذهب المالكية.(٤)

القول الثالث: للمرتهن مطالبة الراهن بدينه، وإن كان الرهن بيده، وأن يطالب بحبسه لدينه، لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة التوثيق والصيانة، فلا تمنع به المطالبة، والحبس جزاء الظلم، وحبسه القاضي إن ظهر مطله، ولا يبيع القاضي المرهون؛ لأنه نوع حجر، وفي الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز ولكنه يديم الحبس عليه حتى يبيعه دفعاً للظلم.

هذا مذهب الحنفية.(٥)

الذي يظهر لي هو القول الأول وهو أن القاضي يبيع المرهون جبراً عليه ويقضي الدين من ثمنه، لأنه هو المقصود الأصلي من الرهن، ولدلالة النص عليه حيث قال صلى الله عليه وسلم:

---

(١) انظر: الهداية (٤/ ١٢٨)، وشرح الزرقاني (٥/ ١٥٣)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٧٤)، وروضة الطالبين (٤/ ٨٨)، وحاشية البجيرمي (٢/ ٣٨٠)، وكشاف القناع (٣/ ٣٤٢)، والمغني (٤/ ٤٤٧).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٤/ ٢٧٤)، وحاشية البجيرمي (٢/ ٣٨٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٤٧) وكشاف القناع (٣/ ٣٤٢).

(٤) انظر: شرح الزرقاني (٥/ ١٥٣).

(٥) انظر: الهداية (٣/ ٢٨٥) (٤/ ١٢٨) وحاشية ابن عابدين (٥/ ٣١٠،٩٥).

=

"مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته"[1]، والله أعلم بالصواب.

٢-ومنها: لو أعتق بعض مملوكه فهل يبقى بعضه الآخر في الرق فيعمل العبد ويكسب، ويصرف ثمن كسبه إلى مولاه أم يعتق الباقي؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: إذا أعتق بعض مملوكه، فإن كان خاصاً به غير مشترك عتق البعض المعتق، ثم يسري إلى باقيه، ولو كان المعتق معسراً وإن كان مشتركاً ببينه، وبين غيره فإن كان موسراً لقيمة نصيب شريكه أو جزء منه عتق نصيبه ثم سرى العتق إلى باقيه، وعليه لشريكه قيمة ما أعتق من نصيبه يوم الإعتاق.

وإن كان معسراً بقى نصيب الشريك في الرق، وليس على العبد سعاية ولا للشريك استسعاء العبد.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية والحنابلة.[2]

واستدلوا بقوله ﷺ : **"من أعتق شقيصاً من مملوكه فعليه خلاصه في ماله"**[3].

وبقوله ﷺ: **"من أعتق شركاً له في عبد، وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل،**

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً (٥/ ٦٢) في باب لصاحب الحق تعال من كتاب الاستقراض، وأخرجه أبو داود في سننه (٣/ ٣١٣) في باب في الحبس في الدين وغيره من كتاب الأقضية والنسائي في سننه (٧/ ٣١٦-٣١٧) في باب مطل الغني من كتاب البيوع، وابن ماجه في سننه (٢/ ٨١١) في باب الحبس في الدين والملازمة من كتاب الصدقات ، والإمام أحمد في المسند (٤/ ٣٨٩-٣٨٨)، قال ابن حجر في الفتح: وإسناده حسن، وحسنه الألباني في الإرواء (٥/ ٢٥٩).

(٢) انظر: موا هب الجليل (٦/ ٣٣٦)، والأم (٨/ ٥)، وروضة الطالبين (٨/ ١١٠)، والمغني لابن قدامة (١٤/ ٣٥١-٣٥٢).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١٨٢، ١٨٥-١٨٤، ١٩٠،١٨٩) في باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل من كتاب الشركة ومسلم في صحيحه (٢/ ١١٤٠-١١٣٩) في باب من أعتق شركا له في عبد من كتاب العتق من حديث أبي هريرة واللفظ للبخاري.

=

فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق"(١).

القول الثاني: لا يعتق إلا حصة المعتق، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ. وهذا مذهب الحنفية.(٢)

لعل الأول أظهر لدلالة النص عليه والله أعلم بالصواب.

هذا إذا كان عتقاً، وأما لو باع نصف عبده فإنه لا يسري.(٣)

٣-ومنها: لا يجبر المغصوب منه على بيع المغصوب بل يبقى المغصوب على ملكه. و كذلك غلات المغصوب تكون له.

خامساً: المسائل المستثناة من هذه القاعدة:

١- يجبر المشتري شقصاً مشفوعاً فيه على بيعه للشفيع مراعاة لحق الشفعة. (٤)

٢- **ومنها**: مال المدين المفلس يباع عليه جبراً لمصلحة الغرماء.

٣- **ومنها**: بيع مال المحتكر عند تعلق حاجة الناس به. (٥)

والله أعلم بالصواب.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٥/ ١٩٠-١٨٩) في كتاب العتق، ومسلم في صحيحه (٢/ ١١٣٩-١١٤٠) من حديث ابن عمر.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٨٨-٨٦)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ١٦-١٥).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (١٤/ ٣٥٢).

(٤) أشرت إلى هذه المسائل أثناء الكلام على القاعدة .

(٥) انظر: الاختيار: (٣/ ١١٥) و القوانين الفقهية: (ص/ ١٢٠) .

المبحث الخامس عشر: ضابط: يصح استثناء منفعة العين المنتقل ملكها عن ناقلها مدة معلومة

هذا الضابط من الضوابط الفقهية المهمة في باب انتقال الملك وزواله. وهو يضبط بأطرافه و أبعاده أحكام انتقال المنفعة من مالكها إلى غيره، ومدى صحة استثناءها عند العقد. وهذا الأصل يعالج حكم انتقال ملكية العين من صاحب الملك إلى غيره مع صحة استثناء منفعتها عند معلوميتها.

دراسة الضابط تتجلى في الأمول الآتية:

أولاً: الكلام على أصل القاعدة، ووضعها وألفاظها:

الضابط بالصغية المذكورة ذكره ابن رجب في القواعد[1]، وكذلك صاحب مجلة الأحكام الشرعية فيها[2]، والندوي في الموسوعة[3].

وهناك ألفاظ متعددة متقاربة وردت في بيان حكم الاستثناء العام و هي تؤدي إلى مضمون هذا الأصل و مفهومه.

«لو استثني من المبيع ما يجوز إفراده بالعقد جاز الاستثناء»[4]. وبلفظ: «**ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه**»[5]. وبلفظ: «**الاستثناء المجهول يجعل الباقي مجهولاً**»[6]. وبلفظ: «**لا يصح استثناء المنفعة**»[7]. وبلفظ: «**لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً**»[8].

وقد أشار الفقهاء -رحمهم الله- إلى مضمون الضابط في كتبهم[9]، والتفريع على الأصل المذكور

---

(١) القواعد لابن رجب: ص(٤١-٤٠).

(٢) مجلة الأحكام الشرعية، مادة رقم: (٣٢) .

(٣) موسوعة القواعد الفقهية: (٢/ ٥١٣).

(٤) انظر: الفتاوى الهندية: (٣/ ١٩٣).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: (٥/ ٦٢).

(٦) انظر: التهذيب للبغوي: (٣/ ٣٨٩).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص(٦٠٠).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٤٧).

(٩) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٦٦)، ومجموع الفتاوى: (٢٩/ ١٢٨)، والفروع :(٤/ ٤٦)، وحاشية الدسوقي: =

يدل على وضعه ومأخذه أيضاً.

ثانياً: شرح مفردات الضابط وما يتعلق بها:

أ-معنى الاستثناء لغة واصطلاحاً:

١-**الاستثناء لغة**: مصدر استثني، تقول: استثنيت الشيء من الشيء إذا أخرجته، ويقال: حلف فلان يميناً ليس بها ثنيان ولا مثنوية ولا استثناء، كله واحد(١).

والاستثناء في اللغة والاستعمال يطلق على: الشرط والتقييد(٢).

٢-**والاستثناء اصطلاحاً**: هو إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها في الإيجاب وإدخاله في النفي(٣).

وقيل: بأنه: الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها من متكلم واحد(٤).

وقيل: بأنه: المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام في حكم بإلا أو بإحدى أخواتها، فعرفه بالمنع، ولم يعرفه بالإخراج(٥).

ب- حالات الاستثناء مع المستثنى منه وهو الملك:

هناك أربع حالات للمستثنى وما بقي بعده من المستثنى منه أي الملك وهي:

١-أن يكون الاستثناء معلوماً والعقد بعده معلوماً، وهذا صحيح سواء أكان المستثنى معيناً محوزاً أو مشاعاً، كبيع قطعة أرض إلا ربعها.

٢-أن يكون الاستثناء مجهولاً والعقد بعده مجهولاً، وهذا بيع باطل سواء أكان المستثنى معيناً محوزاً أو مشاعاً، كبيع قطعة أرض إلا جزءا شائعاً منها.

٣-أن يكون الاستثناء معلوماً والعقد بعده مجهولاً، فهذا بيع باطل، كبيع قطعة أرض مجهولاً إلا ربعها.

(٤/ ٣٦).

(١) انظر: لسان العرب: (٢/ ١٣٥)، ومعجم مقاييس اللغة: ص(١٨٨).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٢/ ٥٠٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٢٥٧)، وروضة الناظر: ص(١٣٢).

(٤) انظر: حاشية البناني على جمع الجوامع: (٢/ ٩).

(٥) انظر: التوضيح لمتن التنقيح: (٢/ ٢٩-٢٨).

=

٤-أن يكون الا ستثناء مجهولاً والعقد بعده معلوماً، وهذا بيع صحيح[١]، كا ستثناء جزء شائع مجهول من قطعة أرض، وما تبقى يكون معلوماً.

وهذه الحالات تتعلق بشرط من شروط العقد، وهو أن يكون معلوماً، وتنتفي عند الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة، فإذا كان العقد معلوماً صح البيع، وإذا كان مجهولاً بطل البيع.

والضابط ينص على الحالة الأولى حيث يكون المستثنى معلوماً والمستثنى منه الملك أو المبيع معلوماً.

ويمكن أن يستدل لهذا الضابط بما يأتي:

١-عن جابر بن عبد الله قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة[٢]، والمزابنة، والمعاومة[٣]، والمخابرة[٤]، وعن الثنيا[٥]، ورخص في العرايا**»[٦].

وفي رواية أخرى: عن جابر أن رسول الله ﷺ: «**نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا إلا أن تعلم**»[٧].

وجه الاستدلال: يدل الحديث بمنطوقه على نهي النبي ﷺ عن الثنيا، والثنيا هي استثناء المجهول في البيع، فإذا كانت الثنيا معلومة صح البيع باتفاق العلماء، ودليل ذلك الزيادة عند الترمذي (إلا أن تعلم)، والمعنى أنه إذا كان الاستثناء معلوماً فليس منهياً عنه[٨].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٦/ ٢٤٣-٢٤٢).

(٢) المحاقلة هي أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، ومعناه أن يباع الزرع قائماً بالحب كيلاً. انظر: مغني المحتاج: (٢/ ٩٣).

(٣) المعاومة: هي بيع السنين، وهو بيع ثمار النخل لأكثر من سنة، نهى عنه لأنه غرر، وبيع ما لم يخلق. انظر: النهاية لابن الأثير: (٢/ ٣٧٢)، وصحيح مسلم متن شرح النووي: (١٠/ ١٩٤).

(٤) المخابرة: هي كراء الأرض على الثلث أو الربع أو نحوره، وهي قريبة من بيع المزارعة. انرظ: تحفة الأحوذي: (٤/ ٤٢٠)، والمجموعة الجليلة: ص(١٩٠).

(٥) الثنيا: هي استثناء المجهول في البيع. النهاية لابن الأثير: ص(١٢٨).

(٦) الحديث أخرجه مسلم: (١٠/ ٤٣٦) في باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.. في كتاب البيوع.

(٧) الحديث أخرجه الترمذي: (٣/ ٥٢٧)، في باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة من كتاب البيوع. قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح» . وأصل الحديث في صحيح مسلم .

(٨) انظر: النووي شرح صحيح مسلم: (١٠/ ١٩٥)، وتحفة الأحوذي للمباركفوري: (٤/ ٤٢٠).

=

والنهي يفيد التحريم ما لم ترد قرينة تصرفه من التحريم إلى الكراهة، ولكن وردت قرائن تؤيد هذا التحريم ، ومن هذه القرائن الأدلة التي منعت بيع المجهول فيما سبق من بيان، وهذا يدل على أن استثناء المجهول من البيع حرام، لأنه يؤدي إلى أن يكون المبيع مجهولاً .

وعقد البيع باطل ، وعلة البطلان الجهالة التي تفضي إلى المنازعة، لأنه إذا كان المستثنى مجهولاً فإن المبيع مجهول فيبطل بيعه، وفي هذا دليل واضح على عدم جواز استثناء المجهول من البيع.

٢-عن جابر بن عبد الله أنه كان على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيّبه فلحقني النبي ﷺ فدعا لي، وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله، قال: بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته بأوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل، فنقدني ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثري فقال: «**أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك ودراهمك فهو لك**»(١).

وجه الاستدلال: يدل الحديث بمنطوقه على جواز بيع البعير واستثناء ركوبه إلى مدة محدودة أو حتى يصل إلى مكان معين، وهذا الركوب منفعة من منافع البعير . ففي هذا الحديث هناك شيء يجوز بيعه منفرداً لمدة محدودة، وهو المنفعة، ويجوز استثناؤه من المبيع لمدة محددة أيضاً، والسبب في جواز استثناء المنفعة مدة محددة هو جواز بيعها منفردة مدة محددة، وإذا وجد السبب وجد المسبب.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للضابط:

الضابط باللفظ المذكور ينص على أنه يجوز استثناء منفعة العين إذا كانت معلومة من العين المنتقل ملكها بعقد من العقود الناقلة للملك، ولا يكون هذا الاستثناء مبطلاً للعقد وذلك لأن استثناء المنفعة إذا كان معلوماً لا يؤدي إلى الغرر والمنازعة بين المتعاقدين.

ولا يصح مفهوم هذا الأصل وهو أن استثناء المنفعة إذا لم يكن معلوماً بين المتعاقدين لا يجوز استثناؤه عند العقد؛ لأنه يكون مفضياً إلى التنازع والاختلاف وهذا لا يجوز.

والأصل في باب الاستثناء أنه كل ما يجوز بيعه منفرداً يجوز استثناؤه من العقد وإخراجه منه بحيث لا يشمله المبيع وقد نصت عليه مجلة الأحكام العدلية : «كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثناؤه من المبيع»(٢).

(١) الحديث أخرجه مسلم: (١١/ ٣٢-٣١)، في باب بيع البعير واستثناء ركوبه من كتاب المساقاة.

(٢) مجلة الأحكام: (١/ ١٦٨) مع الدرر، ومادة رقم: (٢١٩).

وهذا الضابط فرع من هذا الأصل في باب استثناء المنفعة، إذ المنفعة يجوز إجارتها بغير خلاف وعلى هذا هل يجوز استثناؤها من العقد، والضابط نص في صحة استثناء المنفعة عند زوال الملك إلا أنه يشترط فيه ما يأتي:

١-أن يكون الاستثناء معلوماً بالمدة أو المكان أو نحو ذلك.

٢-أن تكون العين مما يجوز الانتفاع بها بعد انتقال الملك عنها.

٣-أن لا يكون الاستثناء شرطاً يخالف مقتضى العقد.

رابعاً: أقوال العلماء في اعتبار الضابط والأدلة عليه:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الضابط و صحته بناء على اختلافهم في مالية المنافع واختلافهم في بيع الثنيا على قولين:

القول الأول: صحة هذا الضابط واعتباره من الأصول المستقرة.

وهذا مذهب المالكية[1]، والحنابلة[2] وبه قال الأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر.[3]

واستدلوا بما يأتي:

١-حديث جابر الذي سبق ذكره،

وجه الاستدلال من الحديث أنه باع جمله واشترط ظهره إلى المدينة وقد أجازه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: **"ولك ظهره إلى المدينة"** والحديث نص في المسألة.

٢-ولأن النبي ﷺ **نهى عن الثنيا إلا أن تعلم"**.

وهذه معلومة.

٣-ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضاً مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير.[4]

---

(١) انظر: جواهر الإكليل (٢/ ١٨٦)، والقوانين الفقهية (ص٢٣٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١١٦)، ونيل المآرب (١/ ٣٩٩)، نشر مكتبة الفلاح بالكويت.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٨).

القول الثاني: هو عدم اعتبار هذا الضابط وأنه لا يصح اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين، وهذا مذهب الحنفية[١] والشافعية[٢].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- حديث: **نهي النبي صلى الله عليه و سلم عن بيع وشرط**[٣] يدل على أنه لا يصح هذا الشرط، لأن مثل هذا الشرط يفسد العقد لكونه من باب البيع والشرط.[٤]

٢-ولأنه شرط ينافي مقتضى البيع، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه وذلك؛ لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته، ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه، وهذا شرط ينافيه.[٥]

٣-ولأن هذا من باب البيعتين في بيعة المنهي عنه، ووجه كونه من البيعتين في بيعة أنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بأن يعتبر المسمى ثمناً بأزاء المبيع وأجرة بإزاء الخدمة والسكنى يكون إجارة في بيع.

ووجه كونه رباً: أن المشروط زيادة في العقد عارية عن العوض وهو معنى الربا.[٦]

الذي يظهر لي هو القول الأول، وذلك لدلالة النص عليه، ولأنه لم يصح نهي النبي صلى الله

---

(١) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٨٠-٧٨) والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧)، و حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢١،٣٩)، وسبل السلام (٣/ ١٦).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٣/ ٤٦٨-٤٦٦).

(٣) انظر: معالم السنن (٣/ ١٤٦)، في باب شرط وبيع من تاب البيوع والتلخيص الحبير (٣/ ١٢) في باب البيوع المنهي عنها من كتاب البيوع، ونصب الراية (٤/ ١٧) في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع والمحلى لابن حزم (٩/ ٤٠٩).

قال الحافظ: أخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث (ص١٢٨)، من رواية أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب بلفظ: نهى عن بيع وشرط ومن هذا الوجه، أخرجه الطبراني في الأوسط (١٠/ ٦٦) وهو غريب، بلوغ المرام (٣/ ٣١).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٦-١٦٥).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٧)، والشرح الكبير (١١/ ٢١٥).

(٦) انظر: شرح فتح القدير (٦/ ٨٠-٧٦) والاختيار (٢/ ٧).

=

عليه وسلم عن بيع وشرط، وإنما نهى عن شرطين في بيع، فمفهومه إباحة الشرط الواحد. والله أعلم بالصواب.

وهذا الخلاف إذا كان اشتراط منفعة معلومة وأما إذا كان اشتراط منفعة مجهولة بأن اشترى رجل من آخر جارية واشترط البائع أن تخدمه فإن هذا باطل بلا خلاف.(١)

خامساً: الفروع المندرجة تحت الضابط:

تندرج تحت هذا الضابط فروع فقهية كثيرة منها:

١-لو باع داراً واستثنى منه سكناها شهراً يجوز ذلك الاستثناء(٢).

٢-ومنها: بيع السيارة واستثناء ركوبها مدة محددة، يصح بيع سيارة معينة واستثناء منفعة الركوب لمدة محددة حتى يصل إلى بلده، كأن يبيع السيارة في المدينة المنورة ويشترط أن تحمله إلى مدينة الرياض لأنه يجوز بيع منفعة الركوب لفترة معينة فيجوز استثناؤها لفترة محددة(٣).

٣-ومنها: لو باع عبداً واستثنى منه خدمته سنة أو شهراً أو نحو ذلك، يصح هذا الاستثناء.(٤)

٤-ومنها: يصح بيع الحيوان الحامل مع استثناء حلابه لمدة معينة .(٥)

٥- ومنها: لو باع جارية و استثنى منها خدمتها لمدة شهر أو نحوه

سادساً: المسائل المخرجة عن هذا الضابط:

١-لو باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يجز، لأن الوطء لا يباح في غير ملك ولا نكاح، ويفارق هذا اشتراط وطء المكاتبة؛ لأن المكاتبة مملوكة.(٦)

٢- و منها: لو باع أمة مزوجة واستثنى منها منفعة البضع باللفظ،لم يجز البيع، بخلاف لو باعها

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٦٦).

(٣) انظر: المغني: (٦/ ١٦٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٦).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٢) وبداية المجتهد (٢/ ١٢٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٦٨).

بدون استثناء؛ لأن منفعة البضع وقعت مستثناة بالشرع.[١]

٣- **ومنها:** لو اشترىٰ داراً مؤجرة صح البيع.[٢]

الخاتمة: أهم النتائج التي توصلت إليها في الرسالة

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذه الرسالة بتوفيقه، وامتنانه العظيم، وفضله وإحسانه العميم، والصلاة والسلام علىٰ رسوله الكريم، وعلىٰ آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلىٰ يوم النبأ العظيم. وبعد.

فلقد تبين لي من خلال جولتي و درا ستي لهذا المو ضوع الذي جَمَعَ ما بين علم القواعد الفقهية، وعلم الفقه الإسلامي في غضونه أصول ونتائج أذكر هنا أهمها علىٰ النحو التالي:

١-إن درا سة القواعد الفقهية بصفة عامة، و درا ستها درا سة مقارنة بين المذاهب الفقهية بصفة خاصة لها أهمية بالغة، ومكانة مرموقة وأن درا ستها و التمكن منها تلعب دورا فعالاً في اطلاع الفقيه والمتفقه في المجالات العلمية، كما أن دراستها مما يلزم المجتهد والقاضي،والمفتي في مجالاتهم العلمية و العملية.

٢-إن أهمية القواعد الفقهية تظهر عند بيان آثارها والتطبيق عليها وهي تلعب دورا فعالاً في ترتيب مسائل الفقه الإ سلامي وتهذيبها وتيسيرها ولمِّأ شتاتها و ضبط شواردها تحت عنوان واحدٍ ومضمون رصين متحد.

٣- الفقهاء رحمهم الله متفقون علىٰ أن الضوابط الفقهية تشابه القواعد الفقهية من ناحية واحدة و هي أن كلا منهما ينطبق علىٰ طائفة من الجزئيات الفقهية، ولكنهم مختلفون في بيان التفريق بينهما،

(١)انظر: المغني لابن قدامة: (٦/ ١٧٦).

(٢)انظر: المصدر السابق: (٦/ ١٦٧).

والظاهر أن المتقدمين منهم لا يفرقون بينهما، ولكن معظم المتأخرين ذهبوا إلى التفريق بينهما. والأولى أن التفريق لا يجدي شيئاً كبيراً .

وإن قيل: إن الضابط يختص بباب من أبواب الفقه، والقاعدة لا تختص بباب واحد.

٤- دراســة مصــادر القواعد الفقهية والاطلاع عليها من أهم مقتضــيات الإلمام بهذا العلم، بل يعتبر ذلك نقطة الانطلاق لهذا المســار، ولأهميته البالغة أرى أن يكون موضــع اهتمام واعتناء عند الدارسين في دراساتهم و رسائلهم.

ولعل نسبة القواعد إلى مصادرها هي التي تحدد نطاقها وآثارها في الفروع الفقهية.

٥- تعد النصوص الشرعية أقوى مصادر القواعد الفقهية وأرسخها، كما تعد القواعد المسندة إليها أقوى أنواع القواعد، وأولاها وأرجحها في الاســتدلال، والظاهر أن بناء القواعد الفقهية على النصــوص الشرــعية ليســت بمرتبة واحدة، ولا هو على نمطٍ متســاوٍ، ومن هنا تختلف قوة بعض القواعد عن بعض.

٦- إن مصادر القواعد الفقهية في نظرية الملكية تردُّ إلى أصول شرعية معروفة وهي على الترتيب الآتي:

١- قوله تعالى: ﴿ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃڃ﴾ [(١)] .

٢- الخراج بالضمان أو الغلة بالضمان.

٣- الولاء لمن أعتق.

٤- لا ضرر و لا ضرار.

٥- ليس لعرق ظالم حق.

٦- من أحيا أرضا ميتة فهي له.

٧- على اليد ما أخذت حتى تؤدي.

٨- المنيحة مردودة ، والعارية مؤداة والدين مقضي والزعيم غارم.

٩- البيعان بالخيار مالم يتفرقا.

(١) الآية: (٢٩) من سورة النساء .

١٠- نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة.

١١- لا تبع ما ليس عندك.

والمصادر كثيرة كلها ترجع إلى مبادئ ثلاثة:

١-إقامة العدل، و النهي عن الظلم والباطل.

٢-حرية صاحب الملكية في ملكه بشرط منع المضارة .

٣-رفع التنازع والمخاصمات في الأملاك.

٧- القياس من أكثر و سائل الا ستنباط والتخريج ا ستعمالاً في و ضع القواعد الفقهية وتقعيدها، ومصدريتها وإن كانت أ ضعف من النصوص الشرعية إلا أن اعتمادها على النصوص يظهر لنا جلياً قوة الاستدلال بها، والتخريج عن طريقها.

٨- الاعتماد على مصدر الاستصحاب في نظرية الملكية من أهم الأصول التي استقر عليها العمل لدى فقهاء الإسلام، وهو مؤيد عن طريق الاستقراء التام في باب المعاملات، بل يتمكن الفقيه عن طريقه تخريج أغلب الفروع الفقهية المتناثرة على الأصل المقرر في الباب وهو الأصل بقاء ما كان على ما كان.

٩- من الأمور المهمة في هذا العصر البحث عن دليلية القواعد الفقهية ومدى صحة الا ستدلال بها. والظاهر في هذا الموضوع صحة الاستدلال بالقواعد الفقهية إن كان اعتمادها على النصوص الشرعية والقياس الصحيح. ومن الفقهاء من لايرتضي الا ستدلال بها على وجه الإطلاق، والباعث في ذلك هو وجود المستثنيات في القواعد ولا سيما في القواعد الفرعية والأ صول المذهبية. والأ صل الساطع فيه هو صلاحية الاستدلال بالقواعد الفقهية على أن وجود الاستثناء لا يضر في العمل به.

١٠- الدراسات المعاصرة في القواعد الفقهية حازت عناية فائقة من قبل الفقهاء المحدثين المعاصرين، وهذه الدراسات دارت حول محاور متعددة.

أ- تحقيق طائفةٍ من كتب القواعد بالفقهية، والاهتمام بها بالدراسات النظرية والتطبيقية.

ب- استخلاص القواعد والضوابط الفقهية من النصوص المتناثرة في دواوين الفقه الإسلامي،

ج- رصد القواعد والضوابط الفقهية، وإحصاؤها وترتيبها عن طريق المتابعة والا ستقراء ومن

هنا وضَعَ المعاصرون الفضلاء عدة موسوعات علمية في مجال القواعد والضوابط الفقهية، وهو جهد جبار يتطلب المزيد من الاهتمام والعناية.

وأول من حاول بإسعاف هذا المجال وسد الفراغ هو الشيخ السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي من علماء بنغلاديش في كتابه قواعد الفقه.

د- تخصيص قواعد فقهية معينة بالدراسة دراسة وافية كدراسات النظريات الفقهية، وقد توجه إليه الباحثون من مجالات النشاط المتعلق بدرا سة القواعد الفقهية، وكان بعض هذه الدرا سات من متطلبات الحصول على الشهادات العليا كالدكتوراه والماجستير في الجامعات.

هـ- الدراسات النظرية والتاريخية لعلم القواعد الفقهية مع التطبيقات على تلك القواعد.

١١- إن ماهية الملكية و حقيقتها تعتمد على العلاقة بين المال والإنسان، وأنها عبارة عن حقيقة شرعية تتمثل في علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك تخول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداءً إلا لمانع وهي المعبر عنها بالاختصاص، وموضوع هذا الاختصاص هو القدرة على الانتفاع والتصرف في الشيء، وهذا الاختصاص والتصرف قد يتم أصالة أو وكالة وقد يمنع مانع عن هذا الاختصاص مراعاة لمصالح راجحة أخرى.

١٢- إن الملكية بمفهومها العام تشتمل على الحقوق – بمعناها العام- هو كل ما يثبت للشخص من ميزات ومكنات سواء كان الثابت مالياً أو غير مالي، وبمعناها الخاص- وهو المفهوم في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، ويعبر عنه الفقهاء بالمصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الشفعة، وحق الطلاق وحق الحضانة والولاية.

وتشتمل على حقوق الارتفاق أيضاً وهو المعروف لدى الفقهاء بحقوق الدار أو العقار، مثلا حق التعلي، وحق الشرب، وحق المسيل وحق المرور وما إلى ذلك.

١٣- إن حقيقة الملكية في الشريعة الإسلامية تتميز عن غيرها من الحقائق الشرعية بجملة من الخصائص والامتيازات، وأن الملكية استخلاف إلهي ومنحة ربانية.

والأصل في هذه الحقيقة قوله عزوجل: ﴿ گ گ گ گ گگ﴾(١) .

---

(١) الآية: (٧) من سورة الحديد .

=

وقوله تعالىٰ: ﴿□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □□ □ □ □ □ □ □ □﴾[١].

وقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺٿ﴾[٢].

وقوله سبحانه: ﴿ڃڃچچچ﴾[٣].

فالمال الذي بين أيدي الناس هو مال الله ا ستخلفهم فيه، ومنحهم إياه، فهم لي سوا أ صلاء فيه، ولا أصحاب حق طبيعي في تملكه، بل هو هبة وتفضل ونعمة منه سبحانه وتعالىٰ.

وهذا الاســتخلاف الإلهي للإنســـان علىٰ الأرض ليس اســتخلافاً دائماً بل هو محدود بحدود وضعها الله عز وجل.

وهذا الا ستخلاف أيضاً ليس ا ستخلافاً مطلقاً بل بينت الـشريعة الإ سلامية أ صوله وقواعده وضوابطه، فلم تترك أمر الناس علىٰ هذه الأرض فوضى دون تنظيم .

فالمســتخلفون ليســوا أحراراً في التصرــف فيما اســتخلفوا فيه كيف يشــاؤون، فهم لم يخلقوا ويستخلفوا في هذه الأرض إلا ليعبدوا الله سبحانه حق عبادته، فيلتزموا بكل ما أمر، وينتهوا عن كل ما نهىٰ، وإلا فهم لم يحققوا شروط الا ستخلاف ولم يعودوا أهلاً له، والأ صل المنسوب إليه في ملكية الاستخلاف قوله ﷻ: ﴿ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ں﴾[٤].

١٤- الملكية الإنسانية علىٰ ضوء الشريعة الإ سلامية ليست ملكية أصيلة يتصرف فيها الإنسان علىٰ هواه، وإنما هي ملكية معارة له، خاضعة لشروط المملك الأصلي وتعليماته، فإذا تصرف المستعير فيها تصرفاً مخالفا لشروط المالك وقع هذا التصرف باطلا، وتحتم علىٰ المسلمين ردّه في الدنيا، أما في الآخرة فهو محاسب علىٰ باطله و مخالفته لشرط المملك صاحب الملك الأصيل.

١٥- الملكية باعتبار محلها لدىٰ الفقهاء علىٰ خمسة أقسام:

الأول:ملكية العين والمنفعة.

الثاني: ملكية العين بدون منفعة.

---

(١) الآية: (١٣) من سورة الجاثية .

(٢) الآية: (٢٠) من سورة لقمان .

(٣) الآية: (٣٣) من سورة النور .

(٤) الآية: ٧) من سورة الحشر .

الثالث: ملكية المنفعة بدون عين.

الرابع: ملكية الانتفاع.

الخامس: ملكية الديون.

١٦- الأصل في ملكية الأعيان أنها ملكية تامة تخول صاحبها كل أنواع التصرف الشرعي، ويثبت هذا الاختصاص لصاحب الملك، ويزول بزواله.

وهذه الملكية أي ملكية الأعيان ملكية تامة شاملة للرقبة والمنفعة، والأصل المقرر فيها ملكية العين تستلزم ملكية المنفعة إما حالا وإما مآلا، دون العكس أي: أن ملكية المنفعة لا تستدعي ملكية العين.

١٧- من الأصول المقررة في أحكام الملكية أن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها، وإنما الغاية الأساسية منها هي الانتفاع بها حالا ومآلاً. وملكية العين ما أقرت إلا لتكون سنداً لكمال الانتفاع الكامل والتصرف المشروع ضمن القيود التي حددتها الشريعة الإسلامية.

وفي ذات الوقت لا يمكن أن يتصور انفكاك حق الانتفاع عن ملكية الرقبة بصورة مؤبدة، لأنها ملكية عارية عن الوجود.

١٨- الملكية الأولى هي الثابتة بالأسباب المنشئة تكون دائما ملكية تامة تتمثل في ملكية الأعيان والمنافع، فلا يمكن أن يتصور ثبوت الملكية الأولى على الشيء ناقصة مقصورة على الرقبة وحدها، أو المنفعة وحدها دون الرقبة.

١٩- ملكية الأعيان لا تقبل التوقيت ولا الإسقاط، بخلاف ملكية المنافع ، فمتى تثبت ملكية الأعيان بسبب من أسباب الملك تثبت مؤبدة. والخلاف في العمرى والرقبى لا يقدح هذا الأصل؛ لأن قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «**من أرقب شيئا فهو له حياته وموته**» ينص على المسألة ويقضي على الخلاف.

٢٠- كما أن الملكية التامة لا تقبل التوقيت فكذلك لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل، والظاهر في مسألة زوال الملك بالإسقاط هو عدم جواز إسقاط الملكية؛ لأنه خلاف مقتضى الملك، ويؤدي إلى إضاعة المال، وبالتالي يفضي إلى وقوع المنازعة و المخاصمة والشحناء بين الناس.

٢١- ملكية العين لا تقتضي الضمان على صاحبها، لأنه لا فائدة من هذا الضمان، إذ أنه إن ضمن ضمن لنفسه وهذا يخالف ملكية المنفعة فإنه يضمن العين إذا هلكت أو أتلفها.

٢٢- الملكية الناقصة عند الفقهاء تتمثل في ملك الرقبة وحدها، وملكية المنفعة وحدها، وملكية الانتفاع وحده.

٢٣- ملكية الرقبة وحدها مع كونها ملكية ناقصة تتميز بقوتها من غيرها، وهي كملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، والتوقيت ولا تحتمل الإهمال وإنما تقبل النقل بأحد الأسباب الناقلة للملكية.

ملكيتها تكون على الدوام و الاستمرار، لا يجوز توقيتها بزمنٍ معين كالسنة مثلا- بخلاف ملكية المنفعة إذ الأصل فيه التوقيت.

تتمثل هذه الملكية في مسائل الإجارة ونحوها.

٢٤- إن ملكية المنافع وحدها تختص في الإسلام بخصائص، أهمها:

١- يتعلق حق ملك المنفعة بالعين، ولكن العين تكون ملكاً لغيره.

٢- إنه يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع و في زمانه ومكانه.

٣- ويجري فيها التوارث وتنتقل الملكية من المورث إلى وا رثه. وهي تتمثل في أحكام الإعارة و غيرها.

٢٥- ملكية الانتفاع هي ملكية التصرف المتمثل في الا ستغلال والا ستعمال والا ستهلاك، وهي ملكية مقصورة على الانتفاع الذي هو حق شخصي وليس لصاحب هذا الملك أن يملك غيره، أو أن يعوِّضه.

٢٦- الإباحة تتضمن معنى ملكية الانتفاع، وهي بمعناها العام ترخيص من المالك قابل للرجوع عنه متى شاء. ومحل الإباحة الأملاك من أجل الانتفاع بها انتفاعاً مشروعاً.

٢٧- التكييف الشرعي لطبيعة الملكية في الإسلام يظهر في اختصاص الملك بالتصرف المشروع، وأما التصرف غير المشروع فهو غير معتبر في الشريعة الإ سلامية، فالتبذير والإسراف، والإتلاف، وإباحة المرأة نفسها وإجارتها، إشاعة الفواحش كل هذه الأشياء تأباها طبيعة الملكية في الإسلام.

٢٨- كثرة أسباب الملكية تدل دلالة واضحة على سماحة الإسلام وسعته وعنايته بمصالح

الناس، ومن هنا يتبين أن التملك في الشريعة الإسلامية لا يتطلب المزيد من الأسباب، ولا يحتاج الناس لثبوت الملك في الأشياء إلى أسباب التملك المحرمة لاستغناء هم بالأسباب المباحة المشروعة.

٢٩- أسباب الملكية يمكن تصنيفها إلى أربع مجموعات:

الأولى: الأسباب المنشئة للملك، كالإحياء ، والصيد.

الثانية: الأسباب الناقلة للملك كالبيع ، والإجارة وغيرهما.

الثالثة: الخلافة كالإرث والولاء وغيرهما.

الرابعة: التولد. كالنتاج، والنباتات، والثمار، وغيرها.

والأصول المقررة عند الفقهاء تجاه هذه الأسباب ما يأتي:

١-أنه لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير إرادته واختياره.

٢-أن الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها.

٣-الأصل في تملك المباحات الاستيلاء حقيقيا كان أم حكمياً.

٤-الأصل في ملك الإنسان ألا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه.

٥-الأصل أن نقل الملكية يعتمد على سبب.

٣٠- طرق التملك المحرمة يمكن حصرها في ثلاث مجموعات:

الأولى: أن يكون التحريم راجعا إلى معنى أو وصف في المعين يقتضي حظر تداو لها، ومنع التعامل فيها ورداً للمفاسد وجلباً للمصالح.

هذه هي الأشياء المحرمة بأعيانها وثبوت الملك فيها.

والأصل في هذه المجموعة قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ٱ ب ب ٻ ٻ پ پ ڀ ڀ ٺ ٺ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٺ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ﴾[1].

الثانية: أن يكون التحريم راجعاً إلى استيلاء غير مشروع على الشيء مثل السرقة، والنهب، والحرابة وغيرها.

الثالثة: أن يكون التحريم راجعاً إلى تصرف محظور شرعا وإن حصل على صورة العقد، ويدخل

(١) الآية: (٣) من سورة المائدة .

في هذه المجموعة كل التصرفات الباطلة المنهي عنها شرعا سواء كان النهي راجعا إلى ماهية التصرف، أم إلى أمر لازم للماهية أم خارج عنها.

والأصول المقررة في هذا الباب هي:

١-يحرم تملك كل مال مملوك بغير إذن مالكه.

٢-الأصل أن المنهي عنه لا يفيد الملك أو الباطل لايفيد الحكم.

٣-لا يثبت الملك في الأعيان المحرمة.

٣١- إن القواعد الفقهية لها دور بارز في أحكام المعاملات الشرعية ولاسيما في أحكام الملكية سواء كانت الملكية فردية خاصة أم عامة مطلقة، وهي تساعد في تخريج الفروع المبددة المتناثرة في أبواب الفقه المتعددة على أصولها و ضوابطها تحت عنوان واحد.

ومن هنا يتبدى للباحث أو المتفقه الحكم على الحوادث المستجدة، وتطبيقها على القواعد، فإذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلا لعدم تعرض الفقهاء لها ووجدت القاعدة تشملها فيمكن عندئذ إسناد الفتوى والقضاء إليها تخريجاً عليها، اللهم إلا إذا قطع أو ظن فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة، وهذا أبرز حصائد الدراسات الهادفة في أحكام الملكية.

٣٢- إن ملكية العين تقتضي ملكية توابعها ولوازمها، لأن التابع تابع، ومن هنا دخول لوازم الأشياء ولواحقها في الملك أو في المبيع لا يتطلب موجبا آخر يثبت ذلك.

٣٣- إن ملكية لوازم الأشياء وتوابعها مبينة على العرف والعادة، ويمكن القضاء عليها بالاشتراط والاستثناء.

٣٤- الأصل في ملكية الأراضي أن الملك يثبت فيها لأحد من الناس إذا قام بسبب من الأسباب.

٣٥- إن ملكية الأرض تستلزم ملكية علوها وسفلها، وظاهرها وباطنها، ويدخل في هذا الأصل ملكية المعادن والكنوز وما إلى ذلك، والظاهر منذ العصور المتقدمة أنه يحكم بهذا المبدأ.

٣٦- إن ملكية الهواء تتبع ملكية الأرض، فصاحب الأرض يسوغ له أن يتصرف في هوائها إلا أن الأنظمة المدنية لها أن تقيد هذه الملكية مراعاة لمصالح الجماعة كما أنها تتقيد بمنع المضارة بالآخرين عند الاستعمال والتصرف فيها.

٣٧- الأصل في ملكية الأصول أنها تستلزم ملكية الفروع، والزوائد وما حدث عنها من النماء؛ لأن المتولد يملك بملك الأصل.

٣٨- إن ملكية الشيء توجب ملكية بدله، فالأبدال كالأصول في ثبوت الملك فيها فكل من ملك شيئاً تعذر تسليمه أو استلامه، فإن ملكيته تنتقل من ذلك الشيء إلى بدله أو قيمته، ومن غضون هذا الأصل تظهر ملكية القيم والأمثال، والمتلفات، فملكية هذه الأشياء تعتمد على ملكية أصولها.

٣٩- الأصل أن التضمين يقتضي التمليك، فيثبت الملك في المضمومات عن طريق الضمان، ومن الفقهاء من يعبر عنه بملك الضمان.

والأصل في الضمان، أنه يبنى على اليد، والإتلاف والتسبب والحيلولة، ومحل الضمان هو كل ما كان يقبل المعاوضة، فالضامن يثبت ملكه في المضمون إذ تقرر عليه الضمان، وملكية الضمان ملكية لازمة بوجوب الشرع له في المتلفات.

٤٠- ملكية المعاوضات لا تحتاج إلى القبض والحيازة بل تثبت بمجرد العقد عليها، وهذا الأصل ليس على الإطلاق المذكور.

٤١- ملكية الأوصاف تابعة لملكية الموصوفات، وهي لا تقابل بالثمن، فإذا ثبت الملك في الموصوف ثبت الملك في الصفة تبعاً له ومبنى هذا الأصل قاعدة: **التابع تابع** .

٤٢- الأصل عند الفقهاء أن ثبوت المملك يستلزم ثبوت الضمان، فالملكية في الأشياء إذا ثبتت فإنها تثبت بمقابلة الضمان.

٤٣- الأصل في ملكية الغلات والنتاج والخراج أنها تملك بالضمان في العقد الصحيح وهذا يعتمد على النص النبوي الشريف: **" الخراج بالضمان "**.

٤٤- الخراج هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج منه من النتاج، وما يغل من الغلات ويدخل فيه كسب العبد، وأجرة السيارة وما إلى ذلك وملكية الخراج من باب نماء الملك.

٤٥- امتناع التصرف لا يكون مبطلاً ولا مانعاً لثبوت الملك.

٤٦- امتناع التصرف في استعمال الأملاك واستغلالها يكون لثلاثة أوجه:

الأول: امتناع التصرف لسبب مصلحة النفس كتصرف الصغير والسفيه والمجنون، والأصل فيه

عدم نفوذه حفظاً لأموالهم.

الثاني: امتناع التصرف لحق الغير، كتصرف المفلس والمريض مرض الموت، والراهن وغيرهم.

الثالث: امتناع التصرف لمصلحة الجماعة كتصرف المرتد وغيره.

الأصل في أحكام الملكية أن امتناعهم من هذه التصرفات لا يكون حاجزاً عن ثبوت الملكية لهم.

٤٧-إن التفريق بين الباطل والفاسد في باب المعاملات يعتبر فقها ملائما نظراً لتصحيح معاملات الناس، لأن المقصود في المعاملات توسيع نطاقها وتصحيحها ما لم يرد عليها دليل يعارضه.

٤٨- إن الباطل من العقود لا يفيد الحكم ولو اتصل به قبض أو حصل فيه فوات، إلا أن الفوات ينقل الضمان من البائع إلى المشتري القابض .

٤٩- وكذلك الفا سد لا يفيد ملك التصرف عند عامة الفقهاء. لأن العقد الفا سد لا يقوم سببا لثبوت الملكية في الأشياء.

٥٠- المعقود عليه الفاسد لا يكون محلاً للملك لأحد المتعاقدين لوجود الفساد في العقد، وهو منهي عنه شرعاً، لأن الضمان يتقرر على من قام بفواته أو بقبضه، فالثابت فيه يعتبر ملك الضمان.

٥١- ملكية الأعيان المؤجرة لا تنتقل بسبب الإجارة، بل تملك بها منافعها، فلا تكون الإجارة سببا لملك الأعيان.

٥٢- الإجارة المنتهية بالتمليك من المسائل المستجدة التي أقدم عليها كثير من الناس، وخلا صة القول في المسألة عدم التعامل بهذه المعاملة، بل الرجوع إلى بديل لها، وأن التمليك بهذه الصورة لا تخلو من غرر ومخاطرة.

٥٣- تملك الأعيان عن طريق الجنايات غير ثابت شرعا، فلا تكون الجناية سببا لثبوت الملك في الجاني نفسه سواء كان عبدا أو حيواناً.

والجنايات قسمان: جناية على الإنسان وجناية على الأموال.

والجناية على الإنسان إذا كانت موجبة للمال فعلى صاحب الملك أن يؤدي أرش الجناية أو يسلم الجاني بسبب جنايته، ولا تزول ملكيته عند وجود الجناية، فالحاصل أن الجناية لا تؤثر في ثبوت الملك وعدمه.

٥٤- الأصـــل في الأموال أنها تضـــاف إلى أربابها وملاكها، وليس لأحد من الناس أن يزاحمه في ملكه وتصرفه وحقه، ولا يمكن تملك الأموال بالدعاوي المجردة، وكذلك الدعاوي الكاذبة والباطلة.

٥٥- تملك الأموال يعتمد على أسـباب الملك، فإن كان من المباحات لم يجر فيه ملك أحد من الناس فإنه يعتمد على الأسباب المنشئة للملك، وإن كان من الأملاك المستقرة فلا بد فيه من موجب ناقل للملك، فلا تحتل دعوىٰ مكان الناقل للملك أبدا.

٥٦- تملك الصلات والعطايا والهدايا لا يتم إلا بعد القبض، فهي قبل القبض من أملاك الواصل والمعطي والمهدي، لأنها تمليك بلا عوضٍ.

٥٧- لا يثبت الملك في الأشياء بالشبهات والاحتمالات، لأن الشبهات مما يندرئ بها الحدود، فلا تثبت بها الحدود فكذلك الأموال .

والشـبهة عند الفقهاء كما ذكرها الفقهاء ما فيه التباس فلا يدري أهو ملك له أو ملك غيره، أهو حق أم باطل.

والشبهات على ثلاث مراتب: والمعتبر منها الشبهات القوية، فإنها لا تفيد حكماً.

٥٨-الأصل في الشريعة الإسلامية أن الجهالة منتفية في أحكام المعاملات. والجهالة على مراتب:

الأولى: الجهالة الفاحشة هي التي تفضي إلى التنازع والتشاجر وهي المنتفية شرعاً .

الثانية: الجهالة اليسيرة، وهي التي لا تفضي إلى المنازعة وهي لا تؤثر في التمليكات.

الثالثة:الجهالة المتوسطة، و هي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة.

٥٩- المجهول من الأعيان والمنافع لا يصـح تمليكه ولا تملكه؛ لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة والمشاجرة.

٦٠- إن الملك الحاصـل عن طريق العقود الفاسـدة ملك خبيث غير لازم، وهذا الملك لا يفيد لصـاحبه إطلاق الانتفاع.و المسـتفاد منه هو ملك التصرف، و يمكن اعتبار هذا النوع من الملك في عصرنا الحاضر مراعاة لمصلحة الأموال من الضياع.

٦١- الأصـل في أحكام التملك أن الاسـتيلاء على المال بغير حق ظلم، فالأموال التي تحاز عن

طريق محرم تعتبر مثل الحاصل بالعقود الفاسدة، فلا تثبت الملكية فيها.

٦٢- حقيقة البيوع و أنواعها عبارة عن تمليك، وبها يثبت الملك للمشـتري في المبيع، وللبائع في الثمن.

٦٣- ثبوت الملك يقوم على سبب من أ سباب الملك، ولا يثبت الملك قبل وجود سببه، بل لا بد أن يتقدم الـسبب قبله، لأن الـسبب يلزم من وجوده الوجود، ومن عدم العدم لذاته ويعتبر طريقاً إلى ثبوت الملك عند وجوده.

٦٤- الأفعال المحرمة شرعاً لا تكون سـببا لثبوت الملك ولا تكون ناقلة لها، لأن الأصـل في هذا الباب قوله ﷺ: «**إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه**» .

٦٥- الأموال المحرمة التي اكتسبها صاحبها عن طريق محرم تكون على ملك أصحابها، فإذا وجد أحد ماله عند غيره فهو أحق به.

٦٦- من المسـائل المسـتجدة أموال الربا والفوائد المصرـفية، والظاهر فيها أن الربا لا يفيد الملك لأنه محرم شرعاً. و كذلك البيوع الربوية لا تفيد ملكيتها.

٦٧- اليد تدل على الملك في باب التمليكات، وهو الظاهر ويحكم به ما لم يرد أصـل يخالفه. فالأموال تضاف إلى الأيدي الثابتة بحكم الظاهر؛ لأن المتبادر إلى الذهن أن ما في يد الإنسان لا يكون إلا ملكه وإن كان يحتمل غير ذلك على أنه أخذه إعارةً أو إجارةً.

٦٨- إن الوارث يملك التركة بجميع حقوقه، ولوازمه، لأن الملك الثابت للوارث هو الملك الذي كان للمورث.

٦٩- الإجازة تؤثر في إفادة الملك في البياعات الموقوفة أو العقود الموقوفة، لأن الأصـل فيه أن الإجازة اللاحقة كالإذن السـابق، ولكن الإجازة لا تلحق الباطل، ولا الفسـوخ بل لابد في الإجازة من توفر شروط ذكرها الفقهاء.

٧٠-الأصـل في ملكية الموات هو قوله ﷺ: «**من أحيا أرضـاً ميتة فهي له**» فالإحياء سـبب من أسباب الملك في المباحات لأنه في معنى الاستيلاء. وكذلك التحجير إذا كان المقصود منه الشروع في الإحياء ، و به يثبت عند الفقهاء أحقية المتحجر في ملكية المباحات.

٧١- وكذلك سبق الإنسان إلى شيء من المباحات يعتبر سببا من أسباب الملك ولكن ملكية الإنسان لا تثبت بمجرد السبق والرؤية بل لابد فيه من الحيازة والأخذ. و هو الشرط الأساسي في ملكية المباحات و ما في معناها.

٧٢- الأراضي الموات التي يسوغ الإحياء فيها هي الأراضي التي ليست بملك لأحد، ولا هي من مرافق البلاد وكانت خارجة عن العمران سواء قريبة عنه أو بعدت.

٧٣- الإحياء الذي يثبت به الملك في الموات هو الاستيلاء عليها بحيث يجعلها صالحة للزراعة أو الانتفاع بها بغير الزراعة، وذلك بإزالة الأسباب التي تحول دون ذلك، والاستيلاء عليها لا يظهر ولا يتحقق إلا بظهور أثره والانتفاع به والعمل فيه، ولذا لا يكون تملكه إلا بإحيائه.

والتحجير والإقطاع، والسبق لا يدخل في معنى الإحياء في إفادة الملك.

٧٤- تملك المعادن تابع لتملك أراضيها، لأن الأصل المقرر من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها.

٧٥- والمعدن هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية، وهو أنواع:

الأول: المعادن الظاهرة الجارية.

الثاني: المعادن الباطنة.

الثالث:المعادن الجامدة.

والأصل في تملك هذه المعادن هو مراعاة المصلحة، فإذا تعلقت بها مصلحة عامة المسلمين فلا يجوز تملكها ولا إقطاعها، وأما إذ لم يتعلق بها غير حق صاحب الملك فيسوغ فيه التملك، لأن ملكها تابع لملك أرضها.

٧٦- الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالقهر والغلبة والاستيلاء عليها. وذلك لأن عصمة أموال المسلمين عصمة مؤبدة عن طريق الإسلام بخلاف عصمة الكفار فإنها عصمة زائلة بالسيطرة عليها.

٧٧- تبدل سبب الملك يقوم مقام تبدل العين في الحكم، فإذا اختلف سبب الملك في شيء ما فكانه اختلفت العين، والأصل فيه حديث بريرة المشهور،

ومن هذا المنطلق المال المأخوذ من البنك الربوي حرام لصاحبه، فإذا أهدى غيره تحول هدية

جائزة.

٧٨- الاستحقاق لابد أن يكون بالبينة وإلا لا يفيد الملك للمستحق ولا يثبت الاستحقاق بالحاجة والإرادة، فإنما ثبوته يكون بالسبب الموجب شرعاً وهذا لاستحقاق بعد القبض لا يكون مانعاً من تمام الصفقة واستحقاق الربح والنتاج يعتمد على الشرط الذي جرى عند التعاقد.

٧٩- الأصل في استحقاق القيمة أنه يقوم مقام استحقاق العين، لأن القيمة بدل عن العين، والمعروف أن البدل يقوم مقام مبدله .

٨٠- المقصود الأسمى من ثبوت الملكية هو القدرة على التصرف في الأملاك. والأصول المقررة في التصرف ما يأتي:

١ - الأصل أن صاحب الملك له أن يتصرف في ملكه بإرادته واختياره وليس لأحد أن يمنعه من التصرف فيه.

٢ - والمتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ويلزمه الضمان ما لم يدخل ضرراً بغيره .

٣ - تصرف المالك في ملكه إذ تعدى إلى غيره يعتبر عدواناً.

٤ - إن تصرف الإنسان سائغ في ملكه و لو تصرف معه في ملك غيره.

٥ - أن الأصل في الوكالة والإذن هو التصرف، فكل من صح تصرفه صح توكيله، وتوكله وإذنه.

٦ - تصرف الإنسان في المبيع الذي فيه الخيار دليل على اختياره و ملكه.

٨١- إن زوال الملك وانتقاله لا يكون بالشك والاحتمال بل لابد فيه من دليل أو سبب يدل على زوال الملك.

٨٢- الأموال الضائعة والمتروكة والمهملة لا يجوز تملكها، وإنما هي باقية على ملكية أربابها؛ لأن الضياع و الفقدان والإهمال والإعراض أو ما في معناها لا يؤثر في زوال الملك وانتقاله.

٨٣-إن ثبوت الملك في الأشياء يعتمد على يقين، وكذلك زوال الملك لا بد أن يكون بطريق ثابت باليقين لأن الأصل اليقين لا يزول بالشك .

٨٤- زوال عصمة الإنسان لا يوجب زوال ملكه فالمرتد لا تزول ملكيته عن أمواله حتى يتيقن

أنه مات على الكفر أو قتل، وأما لحوقه بدار الحرب ليس هو كحكم الموت لأنه يمكنه أن يعود إلى الإسلام بعد اللحوق، والأصل المقرر أن الملك لا يزول بالشك.

٨٥- إن لصاحب الملك حرية تامة في ملكه والتصرف فيه ولا يجوز لأحدٍ أن يجبره على إزالة ملكه ونقله، وذلك لأن الإكراه والإجبار على صاحب الملك بغير حق ظلم وعدوان .

إلا أنه يجوز الإجبار عليه لإزالة ملكه ونزعه عنه بمصالح معتبرة شرعا ومن تلك المصالح مصلحة الشفيع ومصلحة الجماعة، ومصلحة الغرماء.

٨٦- يجوز استثناء منفعة العين لمدة معلومة، لأنها كالإجارة في الحكم ولأن حاجة الناس قد تكون داعية إلى مثل هذه التصرفات.

٨٧- الأصل المقرر في الأملاك أنها مقدرة بحياة صاحبها، ثم تنتقل ملكيتها إلى ورثته عن طريق الخلاف فالإرث سبب من أسباب التملك القهري والشريعة الإسلامية جعلته سببا للملكية حتى لاتضيع أموال الناس ولا تذهب مهملةً.

ولهذا نهت الشريعة الإسلامية عن الإهمال والإعراض عن الأملاك. وجعلها سوائب لا مالك لها ومن هنا ظهرت أهمية تملك اللقطات عن طريق الالتقاط حفظاً للأموال من الضياع والهلاك.

٨٨- بلغت القواعد والضوابط الفقهية التي قمت بدراستها واحدة و سبعين قاعدة أو ضابطاً، وهي تحيط بمعظم أحكام الملكية، والمسائل الفقهية الواردة في أبواب التمليكات و هذه القواعد والضوابط بمنطوقها ومدلولها ومعناها ذكرها كثير من الفقهاء المتقدمين والمتأخرين.

أختم هذه الجولة القصيرة مع أهم النتائج والأفكار التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع وإعداد هذه الرسالة سائلا المولى جل وعلا أن ينفعني بما علمت، و يعلمني بما ينفعني، وأن يجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه وأن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، و طريقا إلى مرضاته، ومتقبلا بفضله إنه على كل شيء قدير.

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه وسلم تسليما كثيراً.

الفهـــــــــارس

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الآثار المروية عن الصحابة .
- فهرس الأعلام المترجم لهم .
- فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة .
- فهرس القواعد والضوابط الفقهية .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس محتويات الرسالة .

فهرس الآيات القرآنية

﴿ٱبٻٻپ﴾	لقمان	٢٠	٩٣٠
﴿ۀہہہ﴾	الأحزاب	٧٠-٧١	١
﴿ڱڱں﴾	الأحزاب	٢٧	٦٧٥
﴿ۓﮯﮰﮱﯓ﴾	الأحزاب	٣٨	٧٩٤
﴿ ٺٺٿٿٿ﴾	يس	٥٧	٣٩٩
﴿ئائائەئەئو﴾	يس	٨٢	٧٩٤
﴿پپپ﴾	الصافات	٧٨، ١٠٨، ١٢٩	٨٩٤
﴿ گگگ﴾	غافر	٣٦	٤٥٤
﴿□□□□□﴾	الجاثية	١٣	٩٣٠
﴿ ھھےےۓ﴾	الشورىٰ	٤٠	٢٦٦
﴿ہھھھے﴾	الحجرات	٩	٦٤٣

الآية	**اسم السورة**	**رقم الآية**	**رقم الصفحة**
﴿ګګڳڳڳ﴾	الحديد	٧	٧٥، ٩٣٠
﴿ٹٹڤ﴾	الجمعة	١٠	١٣١
﴿ڤڦڦڦ﴾	الحشر	٦	١٧٦
﴿ڳڳگگگ﴾	الحشر	٧	٩٣١
﴿ئۆئۈئۈئې﴾	الممتحنة	١٠	٨٧٥، ٨٧٦
﴿ٱبٻٻ﴾	الطلاق	١	٨٧٦

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث رقم الصفحة

الحديث **رقم الصفحة**

الحديث **رقم الصفحة**

الحديث **رقم الصفحة**

الحديث رقم الصفحة

الحديث **رقم الصفحة**

فهرس الآثار

الآثار	رقم الصفحة

فهرس الأعلام المترجم لهم

اسم العلم	رقم الصفحة

فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة

المصطلح والكلمة الغريبة **رقم الصفحة**

المصطلح والكلمة الغريبة **رقم الصفحة**

المصطلح والكلمة الغريبة **رقم الصفحة**

المصطلح والكلمة الغريبة **رقم الصفحة**

المصطلح والكلمة الغريبة **رقم الصفحة**

فهرس القواعد والضوابط الفقهية

القاعدة والضابطة الفقهية	رقم الصفحة

القاعدة والضابطة الفقهية	رقم الصفحة

القاعدة والضابطة الفقهية	رقم الصفحة

القاعدة والضابطة الفقهية **رقم الصفحة**

فهرس المصادر والمراجع

١- **أبجد العلوم: (الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم)** : لصديق حسن خان القنوجي ، المتوفى ١٣٠٧هـ ، طبعة دار الثقافة والإرشاد القومي سنة ١٩٧٨م ـ دمشق .

٢- **ابن حزم فقهه، وآراؤه** : للشيخ محمد أبي زهرة ، طبعة دار الفكر العربي ـ القاهرة .

٣- **الإبهاج شرح المنهاج** : لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، المتوفى سنة ٧٥٦هـ ، أكمله ابنه تاج الدين عبد الوهب ب-ن علي المعروف بابن السبكي ، المتوفى سنة ٧٧١هـ ، مطبعة التوفيق الأدبية بمصر .

٤- **الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي**: د. محمد فاروق النبهان. طبعة دار الفكر العربي بمص سنة ١٩٩٦هـ .

٥- **إتحاف السادة المتقين بشرح أسرار إحياء علوم الدين** : لمحمد بن محمد الحسيني الزبيدي الشهير بمرتضى، الطبعة الثانية ، من دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

٦- **إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في اصول الفقه** : للدكتور عبدالكريم النملة الأستاذ بجامعة الإمام ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ، من دار العاصمة ـ بالرياض .

٧- **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** : للدكتور مصطفى سعيد الخن ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م ، طبعة مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، لبنان .

٨- **أثر الحرب في الفقه الإسلامي** :د/ وهبة الزحيلي دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، من دار الفكر، دمشق .

٩- **الإجماع** : للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر ، المتوفى سنة ٣١٨هـ، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

١٠- **الإحاطة في أخبار غرناطة** : للشيخ لسان الدين ابن الخطيب ، المتوفى سنة ٧٧٦هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨هـ ، من طبعة الخانجي .

١١- **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، أبو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري المشهور بابن دقيق العيد (٧٠٤)، جزءان، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤ه-١٩٦٠م.

١٢- **الأحكام السلطانية والولايات الدينية** : للإمام علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .

١٣- **الأحكام السلطانية**: أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء (٤٥٨) مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٨٦ه-١٩٦٦م.

١٤- **أحكام القرآن** : لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ، المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٥- **أحكام القرآن** : للإمام عماد الدين علي بن محمد إلكيا الهراسي الشافعي ، المتوفى سنة ٥٠٤هـ، تحقيق : موسى علي ، الطبعة ألأولى ، دار الكتب الحديثة .

١٦- **أحكام القرآن** : للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٧- **أحكام القرآن** : للإمام محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، المتوفى سنة ٥٤٣هـ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي – القاهرة .

١٨- **أحكام المعاملات الشرعية**: على الخفيف، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.

١٩- **الإحكام شرح أصول الأحكام** : للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قا سم العا صمي النجدي، الطبعة الأولى

٢٠- **الإحكام في أصول الأحكام** : لسيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، المتوفى سنة ٦٣١هـ، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

٢١- **إحياء علوم الدين** : لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت .

٢٢- **الاختيار لتعليل المختار** : لعبد الله بن محمود بن مودود ، الطبعة الثالثة ، من دار المعرفة سنة ١٣٩٥هـ، بيروت ، لبنان .

٢٣- **اختيارات من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية** للعلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي، المتوفى سنة ٨٠٣هـ، تحقيق : محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩هـ.

٢٤- **آداب القاضي** : لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ، مطبعة الإرشاد، سنة ١٣٩١هـ، من بغداد .

٢٥- **أدب القضاء**: قاضي القضاة شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي (ت٦٤٢هـ)، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: مجمع اللغة العربية، دمشق، مكتبة الحرم المكي.

٢٦- **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد، دار الكتب العلمية، ببيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٦هـ،١٩٩٦م.

٢٧- **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** : لمحمد بن علي الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٨هـ، بمصر .

٢٨- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** : للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المتوفى سنة ١٤٢٠هـالطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ من المكتب الإسلامي بيروت لبنان.

٢٩- **أساس البلاغة** : للإمام أبي القاسم محمود بن عمر بن محمد الزمخشري المعتزلي المتوفى سنة ٥٣٨هـ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠م، دار مطابع الشعب بالقاهرة.

٣٠- **أسبوع الفقه الإسلامي**، دمشق، شوال ١٣٨٠ه، مطابع كوستاتسوس، مصر .

٣١- **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار** : للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي المتوفى سنة ٤٦٣هـ، تخريج وترقيم : د/ عبد المعطي أمين قلعجي ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ، دار الوعي ـ حلب .

٣٢- **الاستغناء في الفروق والاستثناء** : للإمام محمد بن أبي سليمان البكري ، المتوفى سنة ، تحقيق : الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م ، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى.

٣٣- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** : للإمام يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي القرطبي ، المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، تحقيق : علي البجاوي ، طبعة القاهرة ، وطبعة دار الكتب العلمي ـ بيروت ، لبنان سنة ١٤١٦هـ.

٣٤- **أسد الغابة في معرفة الصحابة** : لعز الدين علي بن محمد بن الأثير ، بتحقيق :د/ محمد عاشور ومحمد البنا ، طبعة دار الشعب بالاهرة سنة ١٩٧٠م .

٣٥- **الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب** : لأبي القاسم بن محمد التواني ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٥هـ، من المطبعة الأهلية ـ بتغازي .

٣٦- **أسنى المطالب شرح الروض الطالب** : لأبي يحيى زكريا الأنصاري ، المتوفى سنة ٩٢٥هـ ، الطبعة الأولى ، من المطبعة الميمينية ، بمصر سنة ١٣٥١هـ .

٣٧- **الأشباه والنظائر** : للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ بتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ من دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٣٨- **الأشباه والنظائر** : للإمام محمد بن عمر بن مكي بن عبد الرحمن بن المرحل المعروف بابن الوكيل ، المتوفى سنة ٧١٦هـ ، تحقيق : عادل بن عبد الله الشويخ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ ، من مكتبة الرشد ـ السعودية .

٣٩- **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** : للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي المصري المتوفى سنة٩٧٠هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ من دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٤٠- **الأشباه والنظائر في قواعد فروع فقه الشافعية** : للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ من دار الكتب العلمية، بيروت

لبنان.
٤١- **الأشباه والنظائر لعمر بن علي بن أحمد بن الملقن** ، المتوفى سنة ٨٠٤هـ، مخطوط في مخطوطات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة برقم ٢٥١٩/ ٢ .
٤٢- **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : لابن المنذر ، المتوفى سنة ٣١٨هـ ، تقديم عبد الله عمر البارودي، طبعة سنة ١٩٩٣م ، من دار الفكر .
٤٣- **الإشراف على مسائل الخلاف** : للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، المتوفى سنة ٤٢٢هـ ، الطبعة الأولى ، مطبعة الإرادة، تونس .
٤٤- **الإصابة في تمييز الصحابة** : للحافظ ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، طبعة مولاي عبد الحفيظ بالقاهرة سنة ١٣٢٨هـ، وطبعة دار الفكر سنة ١٤٠٩هـ .
٤٥- **أصول البزدوي** : لفخر الإسلام أبي العسر البزدوي ، المتوفى سنة ٤٨٢هـ، طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٤١٤هـ ، مع كشف الأسرار للبخاري .
٤٦- **أصول السرخسي** : للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي ، المعروف بشمس الأئمة، المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر سنة ١٣٩٣هـ - بيروت .
٤٧- **أصول الفقه** : لابن مفلح ، المتوفى سنة ٧٦٣هـ، طبعة استنبل بالرياض .
٤٨- **أصول الفقه** : للشيخ محمد أبي النور زهير ، أستاذ كلية الشريعة ووكيل جامعة الأزهر سابقا، طبعة دار الطباعة المحمدية - القاهرة .
٤٩- **أصول الفقه** : للشيخ محمد أبي زهرة، المتوفى سنة ١٩٧٤م . طبعة دار الفكر العربي - القاهرة.
٥٠- **أصول الفقه** : للشيخ محمد الخضري، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩هـ من دار إحياء التراث العربي .
٥١- **أصول الفقه** :د/ أحمد الشافعي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣م ، من مؤسسة الثقافة الجامعية.
٥٢- **أصول الفقه الإسلامي** : للأستاذ شاكر الحنبلي ، مطبعة الجامعة السورية .
٥٣- **أصول الفقه الإسلامي** : للدكتور وهبة الزحيلي . الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦هـ ، دار الفكر -

دمشق .

٥٤- **أصول الكرخي** (رسالة الكرخي) : لأبي الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي المتوفى سنة ٣٤٠هـ ، مع تأسيس النظر ، طبعة الإمام بالقاهرة ، وطبعة الصدف بعنوان قواعد الفقه ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ ـ كراتشي باكستان .

٥٥- **الأصول والضوابط** : للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النواوي الشافعي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، تحقيق: محمد هيتو ، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ، من دار البشائر الإسلامية ـ بيروت .

٥٦- **إعانة الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني** : للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي ، طبعة سنة ١٣٥٧هـ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر .

٥٧- **إعداد المهج للاستفادة من المنهج**: للشيخ أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي طبعة دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر-سنة ١٤٠٣هـ .

٥٨- **إعلاء السنن** : للشيخ ظفر أحمد بن لطيف العثماني الباكستاني ، الطبعة الثانية ١٣٩٦هـ، مكتبة دار العلوم، كراتشي ـ باكستان .

٥٩- **الأعلام** : لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي، الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٩٥م، دار العلم للملايين،بيروت لبنان.

٦٠- **إعلام الموقعين عن رب العالمين** : للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١هـ ، مراجعة طه عبد الرؤوف سعيد ، طبعة دار الجيل ـ بيروت .

٦١- **الإفصاح عن معاني الصحاح**: للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة، المتوفى سنة ٥٦هـ، الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية بحلب سنة ١٣٤٧هـ .

٦٢- **الأقمار المضيئة شرح القواعد الفقهية** : للعلامة عبد الهادي إبراهيم بن محمد بن القاسم الأهدل ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ ، مكتبة جدة ، المملكة العربية السعودية .

٦٣- **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** : للشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، الطبعة الأخيرة بمطبع مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٩هـ .

٦٤- **الإقناع لطالب الانتفاع** : لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي ، المتوفى سنة ٩٦٨هـ، تحقيق : د. عبدالله التركي ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، من دار هجر ، والبطعة الأولى من المطبعة المصرية.

٦٥- **الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية** : للدكتور عبد الفتاح الشيخ . طبعة سنة ١٩٧٩م ، من دار الكتاب الجامعي .

٦٦- **الأم** : للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ، تخريج : محمود مطرجي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٦٧- **الإمام مالك** : للشيخ الإمام أبي زهرة ، المتوفى سنة ١٩٧٤م، طبعة دار الفكر العربي ـ القاهرة.

٦٨- **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي**: د.محمد يوسف موسى، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٥هـ-١٩٥٩م.

٦٩- **الأموال**: أبو عبيد القاسم بن سلام، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠١هـ،١٩٨١م منشورات مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، ودار الفكر للطباعة والنشر بالقاهرة .

٧٠- **الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء** : للإمام يوسف بن عبد البر القرطبي ، المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٧١- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** : لعلاء الدين الحسن المرداوي الحنبلي ، المتوفى سنة سنة ٨٨٥هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧٥هـ، وكذلك مطبوع بهامش الشرح الكبير بتحقيق : معالي الدكتور عبدالله التركي ، طبعة دار هجر .

٧٢- **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء** : للشيخ قاسم القونوي ، المتوفى سنة ٩٧٨هـ، تحقيق : أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ، مؤسسة الكتب الثقافية ـ بيروت .

٧٣- **الآيات البينات على شرح المحلى على جمع الجوامع** : لأحمد بن قاسم العبادي المصري ، المتوفى سنة ٩٩٢هـ، طبعة بولاق سنة ١٢٨٩هـ ـ مصر .

٧٤- **إيضـاح المسـالك إلى قواعد الإمام مالك** : لأبي العباس أحمد بن يحيىٰ الوُنشريسي، بتحقيق أحمد بوطاهر الخطابي، طبعة مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي ،الرباط سنة ١٤٠٠هـ.

٧٥- **إيضـاح الدلائل في الفرق بين المسـائل** :لعبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني الحنبلي ، المتوفىٰ سنة ٧٤١هـ ، تحقيق : د/ عمر محمد بن عبد الله السبيل ، من مطبوعات جامعة أم القرىٰ سنة ١٤١٤هـ.

٧٦- **إيضـاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسـة الصـولتية** : للشيخ عبد الله بن سعيد اللحجي ، المتوفىٰ سنة ١٤١٠هـ ، الطبعة الأولىٰ سنة ١٤١٠هـ ، مطابع الحرمين ـ جدة .

٧٧- **إيضـاح المبهم من معاني السـلم** : لأحمد بن عبد المنعم الدمنهوري الأزهري ، المتوفىٰ سنة ١١٩٢هـ، طبعة المكتبة التجارية الكبرىٰ ـ القاهرة .

٧٨- **الإيضاح في علوم البلاغة** : للخطيب القزويني ، المتوفىٰ سنة ٧٣٩هـ ، بتعليق : د/ محمد بن عبد المنعم خفاجي ، الطبعة الأولىٰ من دار الكتاب اللبناني في بيروت سنة ١٤٠٠هـ .

٧٩- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : لزين الدين بن نجيم الحنفي ، المتوفىٰ سنة ٩٧٠هـ، طبعة درا المعرفة ـ بيروت ، والطبعة ألأولىٰ بالمطبعة العلمية ، بمصر سنة ١٣١١هـ، وبهامشه منحة الخالق علىٰ البحر الرائق : لابن عابدين .

٨٠- **البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار** : لأحمد بن يحيىٰ المرتضي ، المتوفىٰ سنة ٨٤٠هـ، الطبعة الأولىٰ ١٣٦٦هـ، مطبعة السعادة بالقاهرة .

٨١- **البحر المحيط** : لأبي حيان ، المتوفىٰ سنة ٧٤٥هـ، طبعة مصورة في دار الفكر سنة ١٩٨٣هـ ـ بيروت ، لبنان .

٨٢- **البحر المحيط** :للعلامة محمد بن بهادر الزركشي الشافعي ، المتوفىٰ سنة ٧٩٤هـ ، تحرير : د/ عمر سليمان الأشقر ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م ، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ـ القاهرة ، من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

٨٣- **بدائع السلك في طبائع الملك** : لأبي عبد الله الأزرق،تحقيق الدكتور علي سامي النشار، الطبعة

الأولى.

٨٤- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** : للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، الطبعة القديمة، من دار الكتب العلمية، بيروت.

٨٥- **بدائع الفوائد**: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم المتوفى سنة: ٧٥١هـ، الطباعة المنيرية.

٨٦- **بدائع المنن في ترتيب مسند الشافعي والسنن** : للشيخ أحمد البنا، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩هـ، دار الأنوار للطباعة والنشر، القاهرة.

٨٧- **بداية المجتهد** : لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي القرطبي، المتوفى سنة ٥٩٥هـ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٩٨هـ، من دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٨٨- **البداية والنهاية** : لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ، الطبعة الأولى من مكتبة الأقصى بالقاهرة والناشر دار الرشيد بحلب.

٨٩- **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع** : للإمام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، الطبعة الأولى من مطبعة السعادة سنة ١٣٤٨هـ بالقاهرة.

٩٠- **البرهان في أصول الفقه** : امام الحرمين أبي المعالي عبد الملك الجويني، المتوفى سنة ٤٧٨هـ، تحقيق : د. عبد العظيم الديب، مطابع الدوحة في قط سنة ١٣٩٩هـ.

٩١- **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة** : للإمام جلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي سنة ١٩٦٤م بالقاهرة.

٩٢- **بلغة الساغب وبغية الراغب**: أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم محمد بن الخضر بن محمد بن الخضر بن علي بن عبد الله فخر الدين بن تيمية، تحقيق بكر أبو زيد، دار العاصمة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٩٣- **بلغة السالك، لأقرب المسالك على الشرح الصغير**: أحمد بن محمد الصاوي المالكي، (١٢٤١) جزءان مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ-١٩٥٢م.

٩٤- **بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني** : للشيخ أحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي ، طبعة دار الشهاب بالقاهرة .

٩٥- **بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** : لابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، مطبوع مع سبل السلام، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ، من دار الريان للتراث.

٩٦- **البناية شرح الهداية** : لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، المتوفى سنة ٨٥٥هـ، طبعة دار الفكر سنة ١٤٠٠هـ ـ بيروت .

٩٧- **البهجة شرح التحفة**: لعلي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨): الطبعة الثانية، مصطفي الحلبي ١٣٧٠هـ-١٩٥١م.

٩٨- **بيان المختصر ـ شرح مختصر ـ ابن الحاجب** : لشمس الدين محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني ، المتوفى سنة ٧٤٩هـ، تحقق :د/ محمد مظهر بقا ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، من جامعة أم القرى.

٩٩- **البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل** : لمحمد أحمد بن رشد القرطبي ، المتوفى سنة ٥٢٠هـ، تحقيق: عدة من الأساتذة ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨، دار الغرب الإسلامي .

١٠٠- **بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي**: محمد بن راشد بن علي العثمان، مؤسسة الرسالة ببيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٠١- **تاج التراجم في طبقات الحنفية** : لزين الدين قاسم بن قطلوبغا المصري ، المتوفى سنة ٨٧٩هـ ، مطبعة العاني في بغداد سنة ١٩٦٢هـ .

١٠٢- **تاج العروس شرح القاموس** : لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي المتوفى سنة ١٢٠٥هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ بالمطبعة الخيرية بمصر.

١٠٣- **التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة والأطهار**: أحمد بن قاسم العنس اليماني والصنعاني، الطبعة الأولى، مطبعة عيسي الحلبي١٣٦٦هـ-١٩٤٧م.

١٠٤- **التاج المكلل من مآثر الطراز الآخر والأول**: لصديق بن حسن بن علي القنوجي، المتوفى سنة ١٣٠٧هـ، المطبعة الهندية العربية في بومباي ـ الهند.

١٠٥- **التاج والإكليل لمختصر خليل** : لمحمد يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق، المتوفى سنة ٨٩٧هـ، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٨، من دار الفكر، طبعة دار السعادة مع مواهب الجليل للحطاب.

١٠٦- **تاريخ الأمم والملوك** : للإمام محمدبنجرير الطبري، المتوفى سنة ٣١٠هـ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف سنة ١٩٦٠م ـ القاهرة.

١٠٧- **تاريخ المذاهب الإسلامية** : للشيخ محمد أبي زهرة، طبعة دار الفكر العربي، بالقاهرة.

١٠٨- **تأسيس النظر** : لأبي عبيد الله بن عمر الدبوسي، المتوفى سنة ٤٣٠هـ، طبعة مطبعة الإمام بالقاهرة.

١٠٩- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** : للقاضي ابن فرحون المالكي، الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ، من دار الكتب العلمية، بيروت.

١١٠- **التبصرة في أصول الفقه** : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزابادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، طبعة دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ.

١١١- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** : لعثمان بن علي الزيلعي، المتوفى سنة ٧٤٣هـ، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٤هـ.

١١٢- **تجريد أسماء الصحابة** : لشمس الدين الذهبي، طبعة دار المعرفة ـ بيروت، لبنان.

١١٣- **تحرير ألفاظ التنبيه** : للإمام النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، الطبعة الأولى من دار القلم، دمشق.

١١٤- **التحرير في شرح الجامع الكبير** : للإمام جمال الدين محمد بن أحمد الحصيري المتوفى سنة ٦٣٦هـ، وهو مخطوط، مصور من المكتبة الأزهرية (رقم : ٤٤١٤٧) بمركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، مكة المكرمة برقم ٥٧ في الفقه الحنفي.

١١٥- **التحصيل من المحصول** : لسراج الدين محمود بن أبي بكر الأرموي، المتوفى سنة ٦٨٢هـ،

تحقيق :د/ عبدالحميد علي أبو زنيد ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ، من مؤسسة الرسالة .

١١٦- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، أبو علي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (١٣٥٣)، عشرة أجزاء، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، وطبع في القاهرة سنة ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

١١٧- **تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي** : للشيخ القاضي زكريا بن محمد الأنصاري ، المتوفى سنة ٩٢٦هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ، من دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان .

١١٨- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** : للإمام شهاب الدين ابن حجر الهيثمي الشافعي ، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، طبعة دار الفكر ـ بيروت ، لبنان .

١١٩- **التحفة المهدية شرح الرسالة التدمرية** : للشيخ فالح بن مهدي آل مهدي ، طبعة مطابع القصيم سنة ١٣٨٥هـ، بالرياض ، مطابع القصيم .

١٢٠- **التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر** : لمحمد هبة الله بن محمد بن يحيى التاجي الحنفي ، المتوفى سنة ١٢٢٤هـ ، مخطوط في مكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة برقم ١٠٤، و٦٤٧٥، ٦٤٦٩ .

١٢١- **التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية** : للشيخ صالح بن فوزان الفوزان ، طبعة الجامعة الإسلامية ، بالمدينة المنورة سنة ١٤١٢هـ .

١٢٢- **تخريج الفروع على الأصول** : للإمام أبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦هـ ، تحقيق د/ محمد أديب صالح ، الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٧هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

١٢٣- **التدمرية** : لشيخ الإسلام ابن تيمية ، المتوفى سنة ٧٢٨هـ، طبعة سنة ١٤٠٥هـ، تحقق : محمد بن عودة السعودي .

١٢٤- **تذكرة الحفاظ** : لأبي عبدالله محمد بن أحمد الذهبي، المتوفى سنة ٧٤٨هـ ، الطبعة الثانية ، بحيدر آباد الدكن بالهند سنة ١٣٧٥هـ .

١٢٥ - **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك** : للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي ، المتوفى سنة ٥٤٤هـ، تحقيق : عدد من الأساتذة ، من طبعة المملكة المغربية.

١٢٦ - **تسهيل الوصول إلى علم الأصول** : للشيخ محمد عبد الرحمن عيد المحلاوي الحنفي ، طبعة سنة ١٣٤١هـ ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .

١٢٧ - **التسهيل لعلوم التنزيل** : للإمام محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي المالكي ، المتوفى سنة ٧٤١هـ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ، من دار الكتاب العربي ، بيروت .

١٢٨ - **التشريع الجنائي** : للشيخ عبد القادر عودة ، الطبعة الثالثة عشر سنة ١٤١٥هـ، من مؤسسة الرسالة .

١٢٩ - **تشنيف المسامع** : لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، تحقيق الدكتور موسى فقيهي، مطبوع بالآلة الكاتبة.

١٣٠ - **التصريح بمضمون التوضيح** : لأبي بكر خالد بن عبد الله بن أبي بكر المصري الأزهري المتوفى سنة ٩٠٥هـ طبعة دار الفكر، بيروت لبنان.

١٣١ - **التعريفات** : لأبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

١٣٢ - **التعريفات الفقهية** : للمفتي عميم الإحسان المجددي البركتي ، المتوفى سنة ١٩٧٤م، طبعة الصدف كراتشي، باكستان باسم قواعد الفقه سنة ١٤٠٧هـ .

١٣٣ - **التعزير** : للدكتور عبد العزيز عامر ، الطبعة الخامسة سنة ١٣٩٦هـ، دار الفكر .

١٣٤ - **التعليق المغني على الدارقطني** : لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ، من عالم الكتب ـ بيروت .

١٣٥ - **التفريع** : لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري ، المتوفى سنة ٣٧٨هـ ، تحقيق : حسين بن سالم الوهماني ، الطبعة الأولى ، من دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ، بيروت .

١٣٦- **تفسير أبي السعود المسمى إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم**: لأبي السعود محمد بن أحمد العمادي، دار إحياء الترث العربي، بيروت، لبنان.

١٣٧- **تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)** : للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٣هـ/ ١٩٥٤م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر .

١٣٨- **تفسير القرآن العظيم** : للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، المتوفى سنة سنة ٧٧٤هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ، من دار الحديث بالقاهرة .

١٣٩- **التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)** : لفخر الدين الرازي ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ، الطبعة الثانية ، من دار الكتب العلمية ـ طهران .

١٤٠- **تفسير المنار** : للشيخ رشيد رضا ، الطبعة الثانية ، من دار المعرفة ـ بيروت ، لبنان .

١٤١- **تقريب التهذيب** : للحافظ ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

١٤٢- **تقريب الوصول إلى علم الأصول**: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي المالكي (ت٧٤١هـ) تحقيق الدكتور محمد مختار ابن الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، مطبعة العلم، جدة، السعودية.

١٤٣- **التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**: من منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية ـ الرباط سنة ١٤١٤هـ .

١٤٤- **التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح**: لزين الدين العراقي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، الطبعة الأولى، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م.

١٤٥- **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** : للحافظ ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة ـ القاهرة سنة ١٣٨٤هـ.

١٤٦- **تلخيص المستدرك** : لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ ، وهو

ذيل على المستدرك : للحاكم أبي عبد الله النيسابوري .

١٤٧ - **التلقين** : للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، المتوفى سنة ٤٢١ هـ ، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة .

١٤٨ - **التلويح على التوضيح** : لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ثم الحنفي المتوفى سنة ٧٩٢هـ مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر، الطبعة الأولى.

١٤٩ - **التمهيد** : لأبي الخطاب الكلوذاني ، المتوفى سنة ٥١٠هـ، طبعة جامعة أم القرى .

١٥٠ - **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** : لابن عبد البر القرطبي النمري، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، وآخرين من طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب سنة ١٤٠٨هـ .

١٥١ - **تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث** : لابن الديبغ الشيباني ، طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٩٨٥م .

١٥٢ - **تنبيه الخواص على أن الإمضاء من القضاء في الحدود لا في القصاص** : لمحمود أفندي الحمزاوي ، طبع دمشق سنة ١٣٠٣هـ .

١٥٣ - **التنبيه في الفقه** : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، طبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر سنة ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م .

١٥٤ - **تنوير الأبصار مع شرحه الدر المختار : لعلاء الدين الحصكفي المتوفى سنة: ١٠٨٨ه، ـ مطبعة الواعظ، وكذلك مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الثانية سنة: ١٣٧٦**

١٥٥ - **تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك** : لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١هـ، مكتبة الكتب التجارية ـ مصر .

١٥٦ - **تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة** :لأبي عبد الله محمد بن إبراهيم بن خليل الثناني ، المتوفى سنة ٩٤٢هـ، تحقيق : د/ محمد عايش عابد العال شبير ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م .

١٥٧ - **تهذيب الآثار وتفصيل معاني الثابت عن رسول الله ﷺ من الأخبار** : لابن جرير الطبري ،

المتوفى سنة ٣١٠هـ، تحقيق: د/ ناصر سعد الرشدي ، وعبد القيوم بن عبد رب النبي ، مطابع الصفا، مكة المكرمة سنة ١٤٠٢هـ.

١٥٨- **تهذيب الأسماء واللغات** : لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت ، وهي مصورة عن الطباعة المنيرية ـ مصر .

١٥٩- **تهذيب التهذيب** : للحافظ ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة حيدر آباد سنة ١٣٢٥هـ.

١٦٠- **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** : لمفتي المالكية محمد بن ثابت علي المرحوم الشيخ حسين، مطبوع بهامش الفروق ، طبعة دار المعرفة ـ بيروت ، لبنان .

١٦١- **تهذيب اللغة** : للإمام العلام محمد بن أحمد الأزهري المتوفى سنة ٣٧٠هـ، تحقيق : ثلة من المحققين ، طبعة سنة ١٩٦٤م ، القاهرة .

١٦٢- **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** : للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد القراء البغوي، المتوفى سنة ٥١٦هـ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

١٦٣- **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**: عبد الله بن عبد الرحمن البسام ، مطبعة النهضة الحديثة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م. السعودية.

١٦٤- **التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب**: للشيخ خليل بن إسحاق (ت٧٦٩هـ)، مخطوط بمكتبة الحرم النبوي الشريف تحت رقم ٢١٧.

١٦٥- **التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** : للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري المتوفى سنة ٧٤٧هـ، الطبعة الأولى من مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر مع شرحه التلويح للتفتازاني.

١٦٦- **تيسير التحرير شرح كتاب التحرير**: للأمير بادشاه الحنفي المتوفى سنة ٩٧٢هـ، طبعة البابي الحلبي بالقاهرة.

١٦٧- **تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد** : للشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب ، المتوفى سنة ١٢٣٣هـ، طبعة المكتب الإسلامي .

١٦٨- **جامع الأمهات** : للفقيه جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي ، المتوفى سنة ٦٤٦هـ، تحقيق: أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ ، من مكتبة اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع ـ دمشق ، بيروت .

١٦٩- **الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير** : لجلال الدين السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١هـ، الطبعة الرابعة ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، وكذلك طبعة دار الكتاب العربي بالقاهرة .

١٧٠- **جامع العلوم والحكم** : لأبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن رجب الحنبلي ، المتوفى سنة ٧٩٥هـ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة .

١٧١- **جامع الفصولين** : لابن قاضي سماوة ، الطبعة الأولى من المطبعة الأزهرية .

١٧٢- **الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)** : للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٦٧١هـ ، طبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٨٠هـ/ ١٩٦٠م .

١٧٣- **الجامع لمسائل المدونة وشرحها:** لمحمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، جامعة أم القرى، سنة ١٤١٧-١٤١٨هـ .

١٧٤- **الجريمة** : للشيخ أبي زهرة ، طبعة دار الفكر العربي ـ القاهرة .

١٧٥- **جمع الجوامع** : لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، المتوفى سنة ٧٧١هـ، مطبوع مع حاشية البناني على شرح المحلي عليه ، من دار إحياء الكتب العربية ـ مصر .

١٧٦- **الجهاد في الإسلام** : لتوفيق علي وهبة ، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٢هـ، من دار اللواء بالرياض.

١٧٧- **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** : للشيخ صالح عبدالسميع الأبي الأزهري ، طبعة دار الفكر ـ بيروت ، لبنان .

١٧٨- **جواهر العقود:** شمس الدين محمد بن أحمد الأسيوطي، من علماء القرن التاسع، جزءان، مطبعة أنصار السنة المحمدية، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.

١٧٩- **الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية:** لأبي محمد بن عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن نصر الله القرشي (ت٧٧٥هـ)، الطبعة الأولى، دائرة المعارف العثمانية، الهند.

١٨٠ - **الجوهر النقي على السنن الكبرى** : للبيهقي لابن التركماني ، المتوفى سنة ٧٤٥هـ، مطبوع بذيل السنن الكبرى ، طبعة حيدر آباد ١٣٤٤هـ .

١٨١ - **حا شية ابن الشاط علي الفروق**: أبو القا سم بن عبد الله المشهور بابن الشاط (٧٢٣)، طبعة عيسى الحلبي ١٣٤٦هـ، مطبوع مع الفروق للقرافي.

١٨٢ - **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : للشيخ سليمان عبد الله الأزميري ، المتوفى سنة ١١٠٢هـ، المطبعة العامرة ، من نشر الشركة الصحافية العثمانية .

١٨٣ - **حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي** : للإمام إبراهيم الباجوري ، المتوفى سنة ١٢٧٦هـ على شرح ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع الشافعي ، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٤٣هـ ـ مصر .

١٨٤ - **حا شية البجيرمي على شرح منهج الطالبين المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب**: للشيخ سليمان البجيرمي الشافعي ، الطبعة الأولى بمطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ـ سنة ١٣٣٨هـ .

١٨٥ - **حا شية البناني** : للعلامة عبد الرحمن جاد الله البناني المتوفى سنة ١١٩٨هـ على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي، طبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه.

١٨٦ - **حاشية الجمل على شرح المنهج**: الشيخ سليمان الجمل (١٢٠٤هـ) المكتبة التجارية سنة ١٣٥٧هـ .

١٨٧ - **حا شية الخرشي (شرح الخرشي) على مختصر الشيخ خليل** : للشيخ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، المتوفى سنة ١١٠١هـ، طبعة دار صادر ـ بيروت ، لبنان .

١٨٨ - **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : للشيخ محمد بن عرفة الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠هـ، طبعة دار الفكر ـ بيروت ، لبنان .

١٨٩ - **حا شية الرملي** : للشيخ أبي العباس الرملي ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنة ، مطبوع مع أسنى المطالب .

١٩٠ - **حاشية الرهاوي المصري على شرح المنار لابن ملك**: طبعة مطبعة نظارة المعارف العمومية الهندية سنة ١٣١٣هـ، مع شرح المنار .

١٩١ - **حاشية الرهوني** : للإمام محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني المالكي على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني لمختصر خليل ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ، من المطبعة الأميرية ببولاق ، بمصر .

١٩٢ - **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع** : للشيخ عبد الرحمن بن قاسم النجدي، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ.

١٩٣ - **حاشية السيد الشريف علي بن محمد الحسيني الجرجاني على الكشاف** ،طبعة سنة ١٣٨٥هـ ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .

١٩٤ - **حاشية الشبراملسي** : للشيخ أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري ، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ، الطبعة الأولى بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، مطبوع مع نهاية المحتاج.

١٩٥ - **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب** : للشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي ، طبعة دار المعرفة ـ بيروت ، لبنان .

١٩٦ - **حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، لعبد الحميد الشرواني، دار الكتب العلمية، ببيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٩٧ - **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق** : للشيخ أحمد الشلبي ، مصورة عن الطبعة الأولى ، من طباعة دار المعرفة ـ بيروت .

١٩٨ - **حاشية الشيخ حسن العطار** المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ـ على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، الطبعة الأولى من مطبعة مصطفى محمد بمصر.

١٩٩ - **حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني على شرح المحلي** ، المتوفى سنة ١٣٢٦هـ، مطبوع بهامش حاشية العطار من مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر .

٢٠٠ - **حاشية الصبان على سلم العلوم** : طبعة سنة ١٣٥٧هـ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ

القاهرة .

٢٠١- **حاشـية الطحطاوي على الدر المختار** : للشـيخ أحمد الطحطاوي ، الطبعة الثالثة ، من المطبعة الأميرية ببولاق.

٢٠٢- **حاشـية العدوي على الخرشي** : للشـيخ علي بن أحمد الصـعيدي العدوي ، طبعة دار صـادر ـ بيروت، لبنان .

٢٠٣- **حاشــية القليوبي وعميرة معا على شرح المحلي على منهاج الطالبين** : للشــيخ شــهاب الدين القليوبي ، المتوفى سنة ١٠٦٩هـ، وللشيخ عميرة ، المتوفى سنة ٩٥٧ ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ـ مصر .

٢٠٤- **حاشــية النفحات على شرح الورقات** : لأحمد بن عبد اللطيف بن عبد الله الحاوي الخطيب ، مطبعة مصـطفى البابي الحلبي سـنة ١٣٥٧هـ القاهرة ، مطبوع بهامش شرح الورقات للمحلي .

٢٠٥- **حاشــية شــهاب الدين الشــلبي على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي**، طبعة المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى .

٢٠٦- **حاشــية على الكشــاف** : للسـيد الشرـيف علي بن محمد الحيسـني الجرجاني ، طبعة مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٥هـ، مطبوع مع الكشاف .

٢٠٧- **حا شية على المقنع** : لل شيخ سليمان بن ال شيخ عبدالله بن محمد عبد الوهاب ، الطبعة الأولى سنة ١٢٣٣هـ، الطبعة الثالثة ، من المؤسسة السعيدية بالرياض .

٢٠٨- **حاشــية عميرة علي شرح المحلي على المنهاج للنووي**، أربعة أجزاء، مطبعة عيسـى الحلبي، مع حاشية قليوبي.

٢٠٩- **الحاوي للفتاوي**: لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة: ٩١١هـ،الطبعة الثالثة، ستة: ١٣٨٧هـ، المكتبة التجارية.

٢١٠- **الحاوي الكبير** : للإمام أبي الحـسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، تحقيق : ال شيخ علي بن محمد معوض وعادل عبد الموجود ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، من دار الكتب العلمية ـ

بيروت .

٢١١- **حجة الله البالغة:** للشيخ شاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهولي، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة ١٤١٧هـ-١٩٩٧م .

٢١٢- **حد الألفاظ المتداولة في أصول الفقه والدين** : لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، تحقيق : عبد الغفور فيض محمد ، من مطبوعات جامعة أم القرى سنة ١٤٠٢هـ .

٢١٣- **الحدود** : لابن عرفة المالكي ، المتوفى سنة ٨٠٣هـ، مطبوع مع شرحها للرصاع ، الطبعة الأولى ، من المطبعة التونيسية .

٢١٤- **الحدود في الأصول** : لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٧٤هـ، تحقيق: د/ نزيه حماد، طبعة مؤسسة الزعبي سنة ١٣٩٢هـ- بيروت .

٢١٥- **الحدود والتعزيرات عند ابن القيم درا سة وموازنة** : للشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد ، النشرة الثانية سنة ١٤١٥هـ، دار العاصمة بالرياض .

٢١٦- **حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة** : للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١هـ ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى البابي الحلبي سنة ١٣٨٧هـ- مصر .

٢١٧- **حق الملكية والحقوق العينية التبعية:** الدكتور عبد الحميد عثمان محمد ، دار النهضة ، القاهرة.

٢١٨- **الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية** : د/ أبو الفتح البينانوني -الأستاذ بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ، دار القلم للطباعة والنشر - دمشق .

٢١٩- **الحكم الشرعي بين النقل والعقل** : د/ الصادق عبد الرحمن الغرباني ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩م، من دار الغرب الإسلامي .

٢٢٠- **الحكم الوضعي عند الأصوليين** : لسعيد بن علي محمد الحميري ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ، من المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .

٢٢١- **حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم** : لأبي عبد الله محمد التاودي مع شرحه: البهجة، طبعة مصر.

٢٢٢- **حلية الأولياء وطبقة الأصفياء** : للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ، المتوفى سنة ٤٣٠هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٤هـ ، مطبعة السعادة ـ مصر .

٢٢٣- **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** : لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق : د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م ، من مكتبة الرسالة الحديثية ـ عمان المملكة الأردنية الهاشمية .

٢٢٤- **خبايا الزوايا** : لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، بتحقيق عبد القادر عبد الله العاني ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ .

٢٢٥- **الخراج**: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١٨٢هـ) المطبعة السلفية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ١٣٨٢هـ .

٢٢٦- **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر** : للعلامة محمد أمين بن فضل الله المحبي المتوفى سنة ١١١١هـ، طبعة دار صادر بيروت لبنان.

٢٢٧- **خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال** : لصفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري ، المتوفى سنة ٩٢٣هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩١هـ ، مكتب المطبوعات الإسلامية ـ حلب .

٢٢٨- **دائرة المعارف الإسلامية** : لمجموعة من المستشرقين، ترجمه إلى العربية محمد ثابت الفندي وأحمد السنتناوي وإبراهيم زكي وعبد الحميد، العدد الأول، ط/ سنة ١٣٥٢هـ-١٩٣٣م.

٢٢٩- **الدارس في تاريخ المدارس** : للشيخ عبد القادر بن محمد النعيمي ، المتوفى سنة ٩٢٧هـ ، طبعة دمشق سنة ١٣٧٠هـ .

٢٣٠- **الدر المنثور في التفسير بالمأثور** : للإمام جلال الدين السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١هـ، طبعة دار المعرفة ـ بيروت .

٢٣١- **دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة**: محمد الأمين مصطفى أبوه الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.

٢٣٢- **درر الحكام شرح غرر الأحكام** : للقاضي منلا خسرو ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٤هـ، من

مطبعة الشرفية .

٢٣٣- **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** : لعلي حيدر التركي ، من منشورات مكتبة النهضة ـ بغداد، وتوزيع دار العلم للملايين ـ بيروت .

٢٣٤- **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** : للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة المدني بمصر، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥هـ.

٢٣٥- **دروس في حق الملكية** : الدكتور عبد العزيز عامر، دار النهضة العربية ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.

٢٣٦- **دستور العلماء المسمى بجامع العلوم في اصطلحات الفنون** : للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري الطبعة الثانية من مؤسسة الأعلمي للمطبوعات سنة١٣٩٥هـ، بيروت لبنان.

٢٣٧- **دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة** : لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، تحقيق : الدكتور عبد المعطي قلعه جي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان.

٢٣٨- **الدليل الشافي على المنهل الصافي** : لجمال الدين أبي المحاسن يوسف الأتابكي المتوفى سنة ٨٧٤هـ، بتحقيق فهيم محمد شلتوت، الطبعة الأولى طبعة مكتبة الخانجي للطباعة والنشر، القاهرة.

٢٣٩- **دوحة الناشر لمحا سن من كان بالمغرب من مشائخ القرن العاشر** : لمحمد بن عسكر الحسني الشفشاوني، بتحقيق محمد حجي، طبعة دار الغرب للتأليف والترجمة والنشر، سنة ١٣٩٦هـ.

٢٤٠- **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب** : لبرهان الدين إبراهيم بن على المعروف بابن فرحون المالكي القاضي المتوفى سنة ٧٩٩هـ، بتحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، الطبعة الأولى سنة ١٣٥١هـ من دار التراث للطباعة والنشر بالقاهرة.

٢٤١- **الدين الخالص**: الشيخ محمود خطاب السبكي (١٣٥٢هـ) طبع الجمعية الشرعية بمصر.

٢٤٢- **ديوان علقمة بن عبدة** : تخريج: سعيد نسيب مكارم ، الطبعة الأولى ١٩٩٦م، دار صادر ـ بيروت .

٢٤٣- **الذخيرة** : لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤م ، من دار الغرب الإسلامي ـ بيروت .

٢٤٤- **ذيل تذكرة الحفاظ** : لتلميذ الذهبي محمد بن علي الحسيني الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٦٥هـ ، طبعة دار إحياء التراث العربي .ديوان جرير مع شرح محمد حبيب ، تحقق : نعمان محمد أمين طه ، طبعة سنة ١٩٦٩م، من دار المعارف ـ مصر .

٢٤٥- **الذيل على طبقات الحنابلة** : للإمام زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي المعروف بابن رجب المتوفى سنة ٧٩٥هـ، بتصحيح محمد حامد الفقي من مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٧٢هـ

٢٤٦- **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة** : للشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي ، توزيع إدارة الشؤون الدينية بدولة قطر ، طبعة مطابع قطر الوطنية .

٢٤٧- **رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)** : لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، طبعة سنة ١٤١٢هـ، من دار الفكر ـ بيروت .

٢٤٨- **الرسالة متن الفواكه الدواني**: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

٢٤٩- **الروح** : للإمام الحافظ ابن قيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٧١هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٢٥٠- **الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية** : لابن هشام : للإمام أبي القا سم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد بن أبي الحسن السهيلي ، المتوفى سنة ٥٨١هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت لبنان .

٢٥١- **الروض المربع بشرح زاد المقنع**: منصور بن يونس البهوتي، مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان، ط الأولى، سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٢٥٢- **روضة الطالبين** : لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٢٥٣- **روضة الناظر وجنة المناظر**: لعبد الله بن أحمد بن محمد قدامة (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد، تحت عنوان: ابن قدامة وآثاره الأصولية، القسم الثاني، طبع: مطابع الرياض، ١٣٩٧هـ.

٢٥٤- **الروضة الندية شرح الدرر البهية**: للشيخ أبي الطيب صديق حسن خان القنوجي المتوفى سنة: ١٣٠٧هـ، المطبعة المنيرية.

٢٥٥- **زاد المحتاج بشرح المنهاج**: عبد الله بن حسن الكهوهجي، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت

٢٥٦- **زاد المستقنع** : لشرف الدين موسى بن أحمد المقدسي ، المتوفى سنة ٩٦٨هـ، تصحيح : محمد بن عبد العزيز صائغ ، طبعة مطبعة المدني ، القاهرة .

٢٥٧- **زاد المعاد في هدي خير العباد** : للإمام ابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، وعبد القادر الأرناؤوط ، الطبعة السابعة والعشرون سنة ١٤١٤هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، لبنان .

٢٥٨- **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**: طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

٢٥٩- **زكاة الحقوق المعنوية**:محمد سعيد البوطي، في الندوة السابعة لقضايا الزكاة المعاصرة، مجلد٧، الكويت سنة ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

٢٦٠- **الزواجر عن اقتران الكبائر**: أحمد بن حجر المهيتمي (٩٧٤هـ) جزءان، المكتبة التجارية،١٣٥٢م.

٢٦١- **زواهر الجواهر النضائر على الأشباه والنظائر** : للشيخ صالح بن محمد بن عبدالله التمرتاشي، المتوفى سنة ١٠٥٥هـ، مخطوط مصور في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ، من الظاهرية برقم (٥١٩٣).

٢٦٢- **سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة** : للدكتور جمال الدين محمود،

الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩م ، طبعة دار الاتحاد العربي للطباعة، نشر دار النضهة العربية بالقاهرة .

٢٦٣- **سبل السلام شرح بلوغ المرام** : للإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، المتوفى سنة ١١٨٢هـ، طبعة دار الريان للتراث ، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٧هـ .

٢٦٤- **السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة** : لمحمد بن عبد الله بن حميد النجدي المكي ، المتوفى سنة ١٢٩٥هـ ، تحقيق : الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد ود/ عبد الرحمن بن سليمان العثيمين ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٢٦٥- **السراج الوهاج على متن المنهاج** : للشيخ محمد الزهري الغمراوي ، طبعة سنة ١٣٥٢هـ، من مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر .

٢٦٦- **السلسبيل في معرفة الدليل حاشية على زاد المقنع**: صالح بن إبراهيم البليهي، الطبعة الثالثة: ١٤٠١هـ-١٩٨٠م- مكتبة المعارف ، الرياض.

٢٦٧- **سلسلة الأحاديث الصحيحة** : للشيخ محمد ناصر الدين الألباني المتوفى سنة: ١٤٢٠هـ، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض.

٢٦٨- **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة** : للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ ، من مكتبة المعارف ـ الرياض.

٢٦٩- **سلم الوصول على نهاية السول** : للشيخ محمد بخيت المطيعي ، المتوفى سنة ١٩٣٥م، المطبعة السلفية : لمحب الدين الخطيب سنة ١٣٤٥هـ، القاهرة .

٢٧٠- **سلوة الأنفاس بمن اقتبر من العلماء والصلحاء بفاس** : لمحمد بن جعفر بن إدريس الكتاني المتوفى سنة ١٣٤٥هـ، الطبعة الأولى بمطبعة الأزرق بفاس سنة ١٣١٦هـ.

٢٧١- **السنن** : لسعيد بن منصور الخراساني ، تعليق وتحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٢٧٢- **سنن ابن ماجه** : للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد ين ماجه القزويني المتوفى سنة ٢٧٥هـ ، بتحقيق وترقيم الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الأولى من دار الكتب العلمية، بيروت

لبنان.

٢٧٣- **سنن أبي داود** : للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥هـ، تعليق : عزت عبيد الدعاس ، طبعة دار الحديث ـ حمص .

٢٧٤- **سنن الترمذي** : للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، المتوفى سنة ٢٩٧هـ، تحقيق : كمال يوسف الحوت ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، وطبع مطبعة الصاوي ـ مصر مع عارضة الأحوذي سنة ١٩٣٤م .

٢٧٥- **سنن الدارقطني** : للإمام علي بن عمر الدارقطني ، المتوفى سنة ٣٨٥هـ، طبعة مصورة من عالم الكتب ـ بيروت ، وطبعة دار الكتب العلمية ، تحقيق : مجدي الشوري سنة ١٤١٧هـ .

٢٧٦- **سنن الدارمي** : لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي ، المتوفى سنة ٢٥٥هـ، تحقيق : محمد أحمد دهمان ، طبعة دار الكتب العلمية في بيروت ، وطبعة دار الفكر سنة ١٣٩٨هـ .

٢٧٧- **السنن الكبرى** : لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، الطبعة الأولى بحيدر آباد الدكن بالهند سنة ١٣٥٥هـ.

٢٧٨- **السنن الكبرى** : لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، المتوفى سنة ٣٠٣هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

٢٧٩- **السياسة الشرعية** : عبد الوهاب الخلاف ، الطبعة السلفية سنة ١٣٥٠هـ.

٢٨٠- **سير أعلام النبلاء** : للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ، تحقيق: الشيخ شعيب الأرناؤوط وزملائه ، الطبعة العاشرة سنة ١٤١٤هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٢٨١- **السيرة النبوية** : لأبي محمد عبد الملك بن هشام ، المتوفى سنة ٢١٣هـ، طبع باعتناء مصطفى السقا وزملاؤه، طبعة سنة ١٩٥٥م ، مطبعة كصطفى الحلبي ـ القاهرة .

٢٨٢- **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** : للشيخ محمد محمد مخلوف، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٩هـ من دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.

٢٨٣- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** : للشيخ عبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩هـ

طبعة مكتبة القدس بمصر سنة ١٣٥٠هـ.

٢٨٤- **شرح ابن ناجي على الرسالة** : للشيخ العلامة قاسم بن عيسىٰ بن ناجي التنوجي الغروي ، المتوفىٰ سنة ٨٢٧هـ، طبعة سنة ١٤٠٢هـ، من دار الفكر ، مطبوع مع شرح زروق عليه .

٢٨٥- **شرح البناني على السلم**: مطبوع علىٰ هامش سلم،

٢٨٦- **شرح الزرقاني على مختصر خليل** : للشيخ عبد الباقي الزرقاني ، الطبعة الأولىٰ سنة ١٣٩٨هـ، من دار الفكر - بيروت .

٢٨٧- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** : للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، المتوفىٰ سنة ٧٧٢هـ، تحقيق : الشيخ عبد الله عبد الرحمن الجبرين ، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٤هـ ، من دار أولي النهىٰ - بيروت .

٢٨٨- **شرح الزروق على متن الرسالة** : لأحمد بن زروق ، المتوفىٰ سنة ٨٩٩هـ، الطبعة الأولىٰ سنة ١٤٠٢هـ، من دار الفكر .

٢٨٩- **شرح الزيادات للإمام محمد بن الحسن،** للعلامة فخر الدين حسن ين منصور الأوزجندي المشهور بقاضي خان، فقه حنفي برقم ١٦٨، المكتبة الأزهرية.

٢٩٠- **شرح السنة** : للإمام الحافظ الحسين بن مسعود البغوي ، المتوفىٰ سنة ٥١٠هـ ، تحقيق : الشيخ شعيب الأرناءوط ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٤هـ ، المكتب الإسلامي .

٢٩١- **شرح السير الكبير** : لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي ، المتوفىٰ سنة ٤٩٠هـ، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد ، طبعة مطابع شركة الإعلانات الشرقية سنة ١٩٧١م .

٢٩٢- **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** : لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المالكي ، المتوفىٰ سنة ١٢٠١هـ ، مطبعة عيسىٰ البابي الحلبي وشركاؤه .

٢٩٣- **شرح العبادي** : للشيخ أحمد بن قاسم العبادي الشافعي ، المتوفىٰ سنة ٩٩٢هـ ، علىٰ الورقات في الأصول : لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني ، المتوفىٰ سنة ٤٧٨هـ ، طبعة مصطفىٰ البابي الحلبي - القاهرة سنة ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م ، مطبوع بهامش إرشاد الفحول .

٢٩٤- **شرح العقيدة الطحاوية** : لابن أبي العز الحنفي ، تحقيق : جماعة من العلماء ، الطبعة الثامنة سنة

١٤٠٤هـ، من المكتب ألإسلامي ـ بيروت .

٢٩٥- **شرح القواعد الفقهية** : للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء المتوفى سنة ١٣٥٧هـ، بتصحيح الدكتور عبد الستار أبو غدة، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٤هـ من دار القلم للطباعة والنشر ـ بدمشق.

٢٩٦- **الشرح الكبير على المقنع** : لشمس الدين بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢هـ، تحقيق : معالي الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، طبعة دار هجر سنة ١٤١٧هـ، والطبعة الأولى من مطبعة المنار .

٢٩٧- **الشرح الكبير على مختصر خليل** : لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١هـ، طبعة دار الكتب العربية ، مصورة من طبعة عيسى البابي الحلبي .

٢٩٨- **شرح الكوكب المنير المسمى بالمختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه**: للعلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بابن النجار الفتوحي المتوفى سنة ٩٧٢هـ،بتحقيق د.محمد الزحيلي ود.نذر حماد، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ من منشورات جامعة أم القرى.

٢٩٩- **شرح المجلة** : لسليم بن رستم بن إلياس بن طنوز باز ، المتوفى سنة ١٣٣٨هـ، الطبعة الثالثة ، من دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، لبنان .

٣٠٠- **شرح المحلي على المنهاج** : للشيخ الإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلي ، المتوفى سنة ٨٦٤هـ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، بالقاهرة .

٣٠١- **شرح المحلي على جمع الجوامع** : لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي ، المتوفى سنة ٨٦٤هـ، الطبعة الأولى ، من مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، بالقاهرة ، مطبوع مع حاشية البناني عليه .

٣٠٢- **شرح المنار (شرح ابن ملك)** : لعز الدين بن عبد اللطيف بن ملك ، المتوفى سنة ٨٠١هـ ، مع حواشيه ، طبعة مطبعة المعارف العمومية .

٣٠٣- **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب** : للإمام أحمد بن علي الفاسي المنجور المتوفى سنة ٩٩٥هـ، بتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين نشر دار عبد الله الشنقيطي، من طباعة دار إحياء

الكتب العربية.

٣٠٤- **شرح النووي على صحيح مسلم (المنهاج ...)** : لمحي الدين يحيىٰ بن شرف النووي ، المتوفىٰ سنة (٦٧٦هـ) تحقيق: فؤاد عبد الابقي، طبعة سنة ١٩٥٥هـ، من مطبعة عيسىٰ الحكبي ـ مصر ، وطبعة دار المعرفة ـ بيروت، لبنان .

٣٠٥- **شرح الهروي على كنز الدقائق** : لمعين الدين الهروي المعروف بمنلامسكين ، الطبعة الأولىٰ ١٣٢٨هـ، من المطبعة الحسينية .

٣٠٦- **شرح الوقاية في مسائل الهداية**: صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (٧٤٥) وعليه حاشية عمدة الرعاية لمحمد عبد الحي اللكنوي، طبع الهند ١٣١٦هـ .

٣٠٧- **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول** : لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، المتوفىٰ سنة ٦٨٤هـ ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة سنة ١٣٩٣هـ .

٣٠٨- **شرح حدود ابن عرفة** : لأبي عبد الله محمد الأنصاري الشهير بالرصاع ، المتوفىٰ سنة ٨٩٤هـ ، الطبعة الأولىٰ ، من المطبعة التونيسية .

٣٠٩- **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري** : د. مصطفىٰ السباعي، ثلاثة أجزاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الخامسة سنة ١٣٨١هـ-١٩٦٢م.

٣١٠- **شرح مجلة الأحكام العدلية** : لمحمد بن طاهر بن محمد خالد الأتاسي ، المتوفىٰ سنة ١٣٢٦هـ ، الطبعة الأولىٰ سنة ١٣٤٩هـ، من مطبعة حمص .

٣١١- **شرح مجلة الأحكام**: لمحمد بن سعيد المحاسني، مطبعة الترقي، دمشق ١٣٤٦هـ، ١٩٢٨م.

٣١٢- **شرح مختصر الروضة** : لنجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي المتوفىٰ سنة ٧١٦هـ، بتحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الثانية سنة ١٤١٩هـ من توزيع وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.

٣١٣- **شرح مرشد الحيران**: محمد زيدان الإبياني محمد سلامة السَنْجَلْفِيّ ، الطبعة الأولى ١٣٢٥هـ-١٩٠٨م.

٣١٤- **شرح معاني الآثار** : للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي ، المتوفى سنة ٣٢١هـ، طبعة سنة ١٣٨٦هـ، من مطبعة الأنوار المحمدية ـ القاهرة .

٣١٥- **شرح منتهى الإرادات** : للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ، طبعة عالم الكتب ـ بيروت ، لبنان .

٣١٦- **شرح منح الجليل على مختصر سيدي خليل** : للشيخ محمد عليش ، المتوفى سنة ١٢٩٩هـ، الطبعة عام ١٤٠٩هـ، من دار الفكر ـ بيروت .

٣١٧- **شرح ميارة على تحفة الحكام وحاشية المعمداني عليه**: المكتبة التجارية بالقاهرة.

٣١٨- **شفاء الغليل: للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة: ٥٠٥هـ، مطبعة الإرشاد ببغداد.**

٣١٩- **الصحاح المسمى تاج اللغة و صحاح العربية** : للشيخ أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة ٣٩٣هـ وقيل ٣٩٨هـ، تحقيق أحمد عبد العزيز عطار، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤هـ، من دار العلم للملايين، بيروت لبنان.

٣٢٠- **صحيح ابن حبان (الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان)** : لعلاء الدين علي بن بلبان الافارسي ، المتوفى سنة ٧٣٩هـ، تحقيق : الشيخ شعيب الأرناؤوط وزملاؤه ، الطبعة الأولى، من مؤسسة الرسالة .

٣٢١- **صحيح البخاري** : للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ مع فتح الباري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٩هـ من دار الريان للتراث بالقاهرة مع ترقيم الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي.

٣٢٢- **صحيح الجامع الصغير وزيادته** : للشيخ محمد ناصر الدين الأباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ، الطبعة الثالثة سنة ١٠٢هـ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت ، دمشق .

٣٢٣- **صحيح مسلم** : للإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ مع شرح الإمام محي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ المسمى بالمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج بتحقيق وترقيم الشيخ خليل مأمون شيحا، الطبعة الثانية سنة ١٤١٧هـ من دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، وطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر ، بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

٣٢٤- **ضعيف سنن ابن ماجة** : للعلامة ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت .

٣٢٥- **ضعيف سنن أبي داود** : للعلامة ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت .

٣٢٦- **ضعيف سنن الترمذي** : للعلامة ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ ، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٥هـ ، من المكتب الإسلامي لزهير الشاويش ـ بيروت .

٣٢٧- **ضعيف سنن النسائي** : للعلامة ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ ، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٥هـ ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت .

٣٢٨- **الضمان في الفقه الإسلامي**: للأستاذ علي الخفيف، المطبعة الفنية الحديثة، القاهرة.

٣٢٩- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع** : للإمام محمد بن عبد الرحمن السخاوي المتوفى سنة ٩٠٢هـ، طبعة دار مكتبة الحياة، بيروت لبنان، وطبعة القاهرة سنة ١٣٥٣هـ.

٣٣٠- **الطب النبوي** : للإمام شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر الحنبلي الدمشقي ، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ ، تعليق : الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي ، الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٤هـ ، دار الوعي ـ حلب .

٣٣١- **طبقات الحفاظ** : للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، تحقيق: علي محمد عمر، طبعة مكتبة وهبة بالقاهرة سنة ١٣٩٣هـ.

٣٣٢- **طبقات الحنابلة** : لأبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء الحنبلي ، المتوفى سنة ٥٢٦هـ، تحقيق : محمد حامد الفقي، طبعة سنة ١٣٧١هـ، من مطعة السنة المحمدية بالقاهرة .

٣٣٣- **طبقات الشافعية الكبرى** : لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الطناحي، الطبعة الأولى من دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.

٣٣٤- **طبقات الفقهاء**: لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي النتوفى ٤٧٦هـ.تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، سنة١٩٧٠هـ.

٣٣٥- **الطبقات الكبرى (طبقات ابن سعد)** :لمحمد بن سعد ، المتوفى سنة ٢٣٠هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٧هـ ، من دار صادر ـ بيروت .

٣٣٦- **طرح التثريب في شرح التقريب**: أبو الفضل عبد الرحمن بن الحسين العراقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٣٣٧- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** : للإمام محمد بن أبي بكر المشهور بان القيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١هـ، الطبعة الأولى ١٣١٧هـ، من مطبعة الآداب .

٣٣٨- **طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة الضوابط والقواعد والأصول** : للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، المتوفى سنة ١٣٧٦هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ، من نشر دار مادي.

٣٣٩- **طلبة الطلبة في اصطلاحات الفقهاء** : لنجم الدين عمر بن محمد بن أحمد النسفي الحنفي ، طبعة سنة ١٣١١هـ، من المطبعة العامرة ـ مصر .

٣٤٠- **عارضة الأحوذي** : للقاضي أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي ، المتوفى سنة ٥٤٣هـ ، طبعة مكتبة المعارف ـ بيروت .

٣٤١- **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق** : لأحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي المالكي ، المتوفى سنة ٩١٤هـ، دراسة وتحقيق : حمزة أبو فارس ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٠هـ، من دار الغرب الإسلامي .

٣٤٢- **العدة في أصول الفقه** : للقاضي أبي يعلى الفراء الحنبلي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، تحقيق :د/ أحمد سير المباركي ، طبعة سنة ١٤٠٠هـ، من مؤسسة الرسالة .

٣٤٣- **العرف الشذي على جامع الترمذي** : للشيخ محمد أنور شاه الكشمري ، طبعة سنة

١٣٤٢هت، من مطابع القاسمية .

٣٤٤- **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة** : لجلال الدين عبدالله بن نجم بن شـاس المالكي ، المتوفى سنة ٦١٦هـ، تحقيق :د/ محمد أبو الأجفان والأستاذ عبد الحفيظ منصور ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، لبنان .

٣٤٥- **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام** : للشيخ أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٠هـ ، المطبعة العامرة ـ مصر ، مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي .

٣٤٦- **علم أصول الفقه**: لعبد الوهاب خلاف، المتوفى عام ١٩٥٦م، طبعة النصر بالقاهرة.

٣٤٧- **العناية على الهداية** : لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الحنفي ، المتوفى سـنة ٧٨٦هـ، الطبعة الثانية ، من دار الفكر ـ بيروت .

٣٤٨- **عوارض الأهلية عند الأصوليين**: الدكتور حسين خلف الجبوري، الإستاذ المشارك، بكلية الشريعة والدراسات العليا بجامعة أم القرى، مطابع مؤسسة مكة للطباعة والإعلام ، مكة.

٣٤٩- **عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار** : لأحمد بن يحيى المرتضي، الطبعة الأولى سـنة ١٣٩٥ ، من دار الكتاب اللبناني ـ بيروت .

٣٥٠- **عيون المجالس** : للشيخ القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، المتوفى سنة ٤٢٢هـ، تحقيق : إمباي كيباكاه ، رسالة في الجامعة الإسلامية سنة ١٤١٥هـ.

٣٥١- **الغاية القصوى في دراية الفتوى** : للقاضي عبدالله بن عمر البيضاوي ، المتوفى سنة ٦٨٥هـ، تحقيق : علي محي الدين وعلى القرة داغي ، طبعة دار النصر ، بمصر .

٣٥٢- **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى** : للشـيخ مرعي بن يوسـف الحنبلي ، المتوفى سـنة ١٠٣٣هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٨هـ، من دار السلام ـ دمشق .

٣٥٣- **الغرر البهية شرح البهجة الوردية ، المعروف بشرح البهجة** : للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري ، طبعة المطبعة الميمنية ـ مصر سنة ١٣١٨هـ ، وبهامشه : حاشية ابن القاسم الشربيني .

٣٥٤- **غريب الحديث** : للإمام أبي عبيد القا سم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ، الطبعة الأولى من

حيدرآباد الدكن عام ١٩٦٤م.

٣٥٥- **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر (شرح الحموي)** : للسيد أحمد بن محمد الحموي الحنفي المتوفى سنة ١٠٩٨هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ ـ من دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٣٥٦- **الغياثي**: لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الشافعي، تحقيق عبد العظيم ديب، الطبعة الأولى، طباعة الشؤون الدينية، قطر .

٣٥٧- **الفائق في غريب الحديث** : للإمام أبي القاسم جار الله الزمخشري المعتزلي المتوفى سنة ٥٣٨هـ، الطبعة الأولى من مطبعة مكتبة البابي الحلبي بالقاهرة.

٣٥٨- **الفتاوى البزازية حاشية على الفتاوى الهندية:** لحافظ الدين محمد بن شهاب بن البزاز الكردري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م

٣٥٩- **فتاوي الشيخ عبد الرحمن السعدي** ، المتوفى سنة ١٣٧٦هـ، من نشر مكتبة المعارف ـ الرياض.

٣٦٠- **الفتاوي الهندية المعروف بالعالمكيرية** : لمجموعة من علماء الهند ، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٦هـ، من دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

٣٦١- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** : للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٩هـ ، من دار الريان للتراث بالقاهرة .

٣٦٢- **فتح الجواد بشرح الإرشاد** : لأحمد بن حجر الهيثمي ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩١هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .

٣٦٣- **فتح العزيز المسمى بالعزيز المعروف بالشرح الكبير** : للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ، المتوفى سنة ٦٢٣هـ ، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٣٦٤- **فتح العلي الملك في الفتوى على مذهب الإمام مالك:** للشيخ محمد عليش المتوفى سنة:

١٢٩٩هـ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سنة: ١٣٨٧هـ.

٣٦٥- **فتح الغفار بشرح المنار** : لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي ، المتوفى سنة ٩٧٠هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٥هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر .

٣٦٦- **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير** : لمحمد بن علي الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م ، دار الفكر ـ بيروت .

٣٦٧- **فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي** : للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري ، المعروف بابن الهمام الحنفي ، المتوفى سنة ٩٨١هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت لبنان .

٣٦٨- **الفتح المبين في طبقات الأصوليين** : للشيخ عبد الله مصطفى المراغي من علماء مصر، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٤هـ، الناشر محمد أمين دمج وشركاه، بيروت لبنان.

٣٦٩- **فتح المعين على شرح منلا مسكين** : للعلامة محمد بن أبي السعود المصري الحنفي ، الطبعة الأولى سنة ١٢٨٧هـ، من مطبعة المويلحي .

٣٧٠- **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** : للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ، المتوفى سنة ٩٢٦هـ ، الطبعة الأولى، من دار المعرفة - بيروت .

٣٧١- **فتح باب العناية بشرح النقاية** : للإمام المحدث نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان بن محمد الهروي القاري ، المتوفى سنة ١٠١٤هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ، من شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم ـ بيروت .

٣٧٢- **الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية** : لمحمد بن محمد نسيب بن حمزة الحمزاوي ، المتوفى سنة ١٣٠٥هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ، من نشر دار الفكر .

٣٧٣- **الفرق بين الفرق** : لعبد القاهر بن طاهر البغدادي الإسفراييني ، المتوفى سنة ٤٢٩هـ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، مطبعة بالقاهرة سنة ١٣٩٤هـ .

٣٧٤- **الفروع** : لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ، المتوفى سنة ٧٦٣هـ، ومعه تصحيح الفروع: لعلي بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥هـ ، الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ ، من دار مصر

للطباعة .

٣٧٥- **الفروق** : للإمام أسعد بن محمد الكرابيسي الحنفي ، المتوفى سنة ٥٧٠هـ ، تحقيق : الدكتور محمد طموم ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ ، من طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

٣٧٦- **فروق الدمشقي (الفروق على مذهب الإمام أحمد)** : لأبي عبدالله محمد بن عبدالله السامري، المتوفى سنة ٦١٦هـ ، تحقيق : محمد بن إبراهيم اليحيى ، بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٤٠٢هـ.

٣٧٧- **الفروق المسمى بـ«أنوار البروق في أنواء الفروق»** : للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦هـ من مطبعة البابي الحلبي بمصر.

٣٧٨- **الفقه الإسلامي وأدلته:** الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة: ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، دار الفكر بدمشق.

٣٧٩- **فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية:** علي أحمد القليصي، دار الجامعة اليمنية صنعاء، الطبعة الثالثة، سنة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

٣٨٠- **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي ، المتوفى سنة ١٣٠٤هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ، باعتناء نور محمد من كراتشي .

٣٨١- **الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية** : لأبي الفيض محمد ياسين عيسى الفاداني المكي المتوفى سنة ١٤١٠هـ باعتناء رمزي سعد الدين دمشقية، الطبعة الثانية سنة ١٤١٧هـ من دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان.

٣٨٢- **الفوائد الزينية في مذهب الحنفية** : للعلامة زيد الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، المتوفى سنة ٩٧٠هـ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، من دار ابن الجوزي السعودية .

٣٨٣- **فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت** : للشيخ عبد العلي محمد نظام الدين الأنصاري اللكنوي المتوفى سنة ١١٨٠هـ بهامش المستصفى للغزالي طبعة جديدة بالأوفست، مؤسسة الحلبي

وشركاه بالقاهرة.

٣٨٤- **الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني** : للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، المتوفى سنة ١١٢٠هـ، الطبعة الأولى، دار المعرفة ـ بيروت، لبنان.

٣٨٥- **فيض القدير شرح الجامع الصغير** : للشيخ محمد عبد الرؤوف المناوي، المتوفى سنة ١٠٣١هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة.

٣٨٦- **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** : لسعدي أبي جيب، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ، من دار الفكر، دمشق ـ سوريا.

٣٨٧- **القاموس المحيط** : لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ من مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.

٣٨٨- **القبس في شرح موطأ مالك بن أنس**: لابن العربي المالكي (ت٥٤٣هـ)، طبعة دار الغرب الأولى.

٣٨٩- **القواعد** : لأبي بكر محمد بن عبد الغني المعروف بتقي الدين الحصني، المتوفى سنة ٨٢٩هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، من مكتبة الرشد بالرياض.

٣٩٠- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** : لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، المتوفى سنة ٦٦٠هـ، طبعة المكتبة الحسينية، بالقاهرة سنة ١٣٥٣هـ.

٣٩١- **قواعد الخادمي (خاتمة مجامع الحقائق)** : لأبي سعيد الخادمي، المتوفى سنة ١١٧٨م، الطبعة الأولى سنة ١٢٨٨هـ، من المطبعةالعامرة، بمصر.

٣٩٢- **قواعد الفقه** : للمفتي عميم الإحسان البركتي المجددي، المتوفى سنة ١٩٧٤م، طبعة الصدف بكراتشي، باكستان.

٣٩٣- **قواعد الفقه الإسلامي** : للأستاذ محمد روكي، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ، من طباعة دار القلم بدمشق، والدار الشامية ـ بيروت.

٣٩٤- **القواعد الفقهية – المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور – دراسة نظرية – تحليلية –**

تأصــيلية تاريخية : للأســتاذ الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحســين - المعاصر، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ من شركة الرياض للنشر والتوزيع، والناشر : مكتبة الرشد بالرياض.

٣٩٥- **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها** : للدكتور صالح بن غانم السدلان ، طبعة دار بلنسية للنشر والتنوزيع ـ الرياض سنة ١٤١٧هـ .

٣٩٦- **القواعد الفقهية تاريخها ، وآثارها في الفقه** : للأســتاذ د/ محمد بن حمود الوائلي، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ

٣٩٧- **القواعد الفقهية مفهومها، نشــأتها، تطورها دراســة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها** : للدكتور علي أحمد الندوي -المعاصر- الطبعة الثانية ١٤١٣هـ من دار القلم للطباعة والنشر، دمشق.

٣٩٨- **القواعد الكبرى في الفقه الإســلامي** : للدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان ، طبعة مطابع دار طيبة .

٣٩٩- **القواعد الكلية والضوابط الفقهية** : لجمال الدين يو سف بن عبد الهادي الحنبلي ، المتوفى سنة ٩٠٩هـ، تحقيق : جاسم بن سليمان الفهيد الدوسري، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار البشائر الإسلامية .

٤٠٠- **القواعد النورانية**: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد العليم بن تيمية (٧٢٥) مطبعة أنصــار السنة المحمدية، الطبعة الأولى، ١٣٧٠هـ، ١٩٥١م.

٤٠١- **القواعد في الفقه الإسلامي** : لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، المتوفى سنة ٧٩٥هــ، الطبعة الأولى سن ١٤١٣هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٤٠٢- **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة**: للشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي، الطبعة الجديدة سنة ١٤٠٦هـ، من مكتة المعارف ـ بالرياض .

٤٠٣- **القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة** : لناصر بن عبد الله الميمان ، طبعة امعة أم القرى سنة ١٤١٦هـ .

٤٠٤- **القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير** : للحصري ، المتوفى سنة ٦٣٦هــ، للدكتور علي

أحمد الندوي الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ، من مطبعة المدني بمصر .

٤٠٥- **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين: لابن القيم ، الطبعة الأولى، دار ابن القيم للنشر و التوزيع، سنة: ١٤٢١هـ.**

٤٠٦- **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية** : لأبي الحسن علي بن محمد بن عباس الحنبلي المعروف بابن اللحام ، المتوفى سنة سنة ٨٠٣هـ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبع السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧٥هـ.

٤٠٧- **القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعربية** : لأبي عبد الله محمد مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول ، المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، تحقيق : د/ السيد عبد الهادي الحليم ، من منشورات جمعية منتدى النشر النجف الأشرف .

٤٠٨- **قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية** : للإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ١٣٤٠م ، طبعة دار عالم الفكر .

٤٠٩- **قيود الملكية الخاصة**: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز المصلح، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، دار المؤيد للنشر والتوزيع .

٤١٠- **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل** : لابن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ، من المكتب الإسلامي ـ دمشق .

٤١١- **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** : للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، المتوفى سنة ٥٦٣هـ، تحقيق : الدكتور محمد محمد الموريتاني ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م، من مكتبة الرياض الحديثة .

٤١٢- **كتاب الإرشاد إلى سبيل الرشاد** : للشريف محمد بن أحمد بن محمد بن أبي يوسف ، المتوفى سنة ٤٢٨هـ ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٤١٣- **كتاب الأصل** : لمحمد الحسن الشيباني ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني ، الطبعة الأولى : حيدار آباد الدكن بالهند .

٤١٤- **كتاب الحجة على أهل المدينة** : للإمام محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، المتوفى سنة ١٨٩هـ، تصحيح وتحقيق : السيد : مهدي حسن الكيلاني ، طبعة عالم الكتاب ـ بيروت ، وهي مصورة عن دائرة المعارف العثمانية ـ هند .

٤١٥- **كتاب الخراج** : للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الحنفي المتوفى سنة ١٨٢هـ، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت ، لبنان .

٤١٦- **كتاب الخراج**: يحيى بن آدم القرشي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،

٤١٧- **كتاب القواعد للمقري**: أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، طباعة مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية .

٤١٨- **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار** : للحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق عبد الخالق الأفغاني وغيره، طبعة الدار السلفية، بومباي، بالهند سنة ١٩٧٩م.

٤١٩- **الكتاب مختصر القدوري** : للإمام الحسين القدوري ، المتوفى سنة ٤٢٨هـ، مطبوع مع اللباب اللغنيمي، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار الكتاب العربي .

٤٢٠- **الكتاب**: لسيبويه، المتوفي (١٨٠هـ) ، طبعة أولى ببولاق، مصر.

٤٢١- **كشاف اصطلاحات الفنون** : لمحمد بن علي التهانوي ، المتوفى سنة ١١٥٨هـ، طبعة مصورة عن طباعة كلكتا ـ هند ١٨٦٢م.

٤٢٢- **كشاف القناع عن متن الإقناع** : لمنصور بن يونس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٤هـ، من مطبعة الحكومة بمكة المكرمة .

٤٢٣- **الكشاف عن حقائق التأويل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** : للزمخشري ، المتوفى سنة ٥٣٨هـ، الطبعة الثانية سنة ١٣١٩هـ، بالمطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق ، مصر .

٤٢٤- **كشف الأسرار عن أصول البزدوي** : لعلاء الدين البخاري ، المتوفى سنة سنة ٧٣٠هـ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ، من دار الكتاب العربي .

٤٢٥- **كشف الأسرار، شرح المصنف على المنار**: للنسفي ، المتوفى سنة ٧١٠هـ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٤٢٦- **كشف الخطائر عن الأشباه والنظائر** : لعبد الغني بن إسماعيل بن عبد الغني النابلسي ، المتوفى سنة ١١٤٣هـ ، مخطوط : نسخة مصورة من مركز البحث العلمي ، بجامعة أم القرى برقم: ١٨٧.

٤٢٧- **كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار**: تقي الدين الحصني (٨٢٩هـ)، إدارة الطباعة المنيرة.

٤٢٨- **كفاية الطالب الرباني لر سالة ابن أبي زيد القيرواني**: لأبي الحسن الصغير علي بن محمد بن عبد الحق (ت٧١٩هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٤٢٩- **الكفاية على الهداية**: لجلال الدين الخوارزمي، مطبوع مع شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، ببيروت، لبنان.

٤٣٠- **الكليات-معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** : لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي المتوفى سنة١٠٩٤هـ ، مقابلة د. عدنان درويش ومحمد المصري، الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـ من مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.

٤٣١- **كنز الدقائق مع البحر الرائق** : لأبي البركات النسفي ، المتوفى سنة ٧١٠هـ ، مطبوع مع البحر الرائق ، الطبعة الثانية ، من دار المعرفة للطباعة .

٤٣٢- **اللآلي الدرية**: مطبوع مع جامع الفصولين، طباعة المطبعة الأزهرية بمصر.

٤٣٣- **اللباب شرح الكتاب** : للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني ، تحقيق : عبد الرزاق المهدي، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، من دار الكتاب العربي .

٤٣٤- **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** : للإمام أبي محمد علي ين زكريا المنجبي (٦٨٦هـ)، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م. دار القلم، دمشق.

٤٣٥- **لسان العرب** : لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري المتوفى سنة ٧١١هـ، طبعة دار صادر، وهي مصورة من طبعة بولاق، بيروت لبنان.

٤٣٦- **اللمع في أصول الفقه** : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٨هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة .

٤٣٧- **المبدع شرح المقنع** : لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ، المتوفى سنة ٨٠٧هـ، طبعة المكتب الإسلامي سنة ١٤٠٠هـ.

٤٣٨- **المبسوط** : لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، المتوفى سنة ٥٠٠هـ، دار المعرفة للطباعة، بيروت سنة ١٤٠٦هـ.

٤٣٩- **المجتبى (سنن النسائي الصغرى)** : لأحمد بن شعيب بن علي النسائي ، المتوفى سنة ٣٠٣هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٨٣هـ، وطبعة دار المعرفة بترقيم خليل مأمون شيحا سنة ١٤١٤هـ.

٤٤٠- **مجلة الأحكام الشرعية** : لأحمد بن عبد الله القاري ، المتوفى سنة ١٣٥٩هـ ، تحقيق : د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ود/ محمد إبراهيم أحمد علي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ ، من مطبوعات تهامة - جدة.

٤٤١- **مجلة الأحكام العدلية** : لطائفة من علماء الدولة العثمانية، مطبوعة مع شرحها لسيم باز اللبناني، من دار الكتب العلمية - بيروت ، لبنان .

٤٤٢- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** : للشخ عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده، طبعة دار إحياء التراث العربي .

٤٤٣- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** : للشيخ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، المتوفى سنة ٨٠٧هـ، تحرير الحافظين الجليلين : العراقي وابن حجر ، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربي - بيروت.

٤٤٤- **مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل والأخبار**: للشيخ محمد طاهر الفنتي المكي، الطبعة الأولى من مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، الدكن، الهند.

٤٤٥- **مجمل اللغة** : للإمام ابن فارس الرازي ، تحقيق : زهير سلطان ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت .

٤٤٦- **المجموع المذهب في قواعد المذهب (قواعد العلائي)** : للإمام أبي سعيد خليل بن كيكلدي العلائي الشافعي ، المتوفى سنة ٧٦١هـ ، الجزءان مطبوعان ، تحقيق : د/ محمد عبد الغفار بن

عبد الرحمن الشريف ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ ، من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، مع رسائل الإخوة في الجامعة .

٤٤٧- **المجموع شرح المهذب** : لمحي الدين يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة دار الفكر.

٤٤٨- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني** المتوفى سنة٧٢٨هـ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي وابنه محمد، طبعة مطابع الرياض سنة ١٣٨١هـ الرياض السعودية.

٤٤٩- **محاضرات في أصول الفقه** ، للأستاذ محمد البنا، طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٨م .

٤٥٠- **محاضرات في المجتمع الإسلامي**: الشيخ محمد أبو زهرة، مطبعة الشرق العربي .

٤٥١- **محاضرات في النظرية العامة للحق**: الدكتور إسماعيل غانم، مكتبة عبد الله وهبه- الطبعة الثانية ١٩٥٨م.

٤٥٢- **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** : للشيخ مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني ، المتوفى سنة ٦٥٢هـ ، طبعة دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٤٥٣- **المحصول في علم أصول الفقه** : لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٤٥٤- **المحلى** : للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢هـ، من المطبعة المنزلية بمصر، وكذلك طبعة دار الفكر ـ بيروت ، لبنان .

٤٥٥- **محيط المحيط** : للمعلم بطرس البستاني، الطبعة الأولى سنة ١٢٨٦هـ، مطبعة المكتب التجاري من بيروت لبنان.

٤٥٦- **مختار الصحاح** : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار ابن كثير للطباعة، دمشق .

٤٥٧- **مختصر اختلاف الفقهاء** : لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي ، المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، تحقيق : الدكتور عبدالله نذير أحمد، الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ، من دار البشائر الإسلامية ـ

بيروت .

٤٥٨- **مختصر الخرقي**: أبو القاسم عمر بن حفص بن عبد الله الخرقي (ت٣٣٤هـ) مطبوع مع المغني لابن قدامة.

٤٥٩- **مختصر الروضة** : للعلامة سليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري الحنبلي المتوفى سنة ٧١٦هـ، طباعة مؤسسة النور بالرياض سنة ١٣٨٣هـ طبع بإستانبول.

٤٦٠- **مختصر الطحاوي** : لأبي جعفر الطحاوي الحنفي ، الطبعة الأولى ١٣٧٠هـ، من مطبعة دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٤٦١- **مختصر المزني** : للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني ، المتوفى سنة ٢٦٤هـ، طبعة دار المعرفة ـ بيروت ، وكذلك مطبوع بذيل الأم للشافعي ، وكذلك مع الحاوي الكبير .

٤٦٢- **مختصر خليل مع الشرح الكبير** : لخليل بن إسحاق بن موسى ، المتوفى سنة ٧٩٦هـ، مطبوع مع الشرح الكبير : لأبي البركات الدردير وحاشية الدسوقي عليه، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر ، وكذلك مع شرح منح الجليل .

٤٦٣- **المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** : لعلاء الدين أبي الحسن علي بن محمد البعلي الدمشقي ، المعروف بابن اللحام ، المتوفى سنة ٨٠٣هـ ، تحقيق : الدكتور محمد مظهر بقا ، مطبعة دار الفكر ـ دمشق سنة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .

٤٦٤- **مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي** : للشيخ أبي الثناء نور الدين محمد بن أحمد بن محمد الهمداني الفيومي الحموي الشافعي المعروف بابن خطيب الدهشة المتوفى سنة ٨٣٤هـ، بتحقيق الدكتور مصطفى محمود البنجويني، طبعة مطبعة الجمهور بالموصل سنة ١٩٨٤م بالعراق.

٤٦٥- **المدخل الفقهي العام** : للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، المتوفى سنة ١٤٢٠هـ، طبعة ١٩٦٧هـ، من مطابع ألف باء الأديب ، دمشق .

٤٦٦- **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل** : لعبد القادر بن أحمد المعروف بابن بدران ، المتوفى سنة ١٣٤٦هـ، طبعة إدارة الطباعة المنيرية ـ القاهرة .

٤٦٧- **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**: الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة ١٣٨٠هـ-١٩٦١م.

٤٦٨- **المدخل في التعريف بالفقه الإ سلامي** : د/ عبد الله الدرعان، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ، نشر دار التوبة بالرياض .

٤٦٩- **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي** : للدكتور عبد الرحمن الصابوني .

٤٧٠- **المدخل للفقه الإ سلامي**: عيسوي أحمد عيسوي، دار الإتحاد العربي للطباعة ، طبعة الذكرى ١٩٦٧-١٩٦٨م.

٤٧١- **المدونة الكبرى** : للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩هـ برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم ، **مع مقدمات ابن رشد** ، تصحيح : الأستاذ أحمد عبد السلام ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٤٧٢- **مذكرة أصول الفقه**: الشيخ محمد الأمين الشنقيطي (ت١٣٩٣هـ) طبعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

٤٧٣- **مراتب الإجماع** : للحافظ أبي محمد علي بن أحمد بن حزم ، وبهامشه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية ، طبعة درا الكتب العلمية ـ بيروت .

٤٧٤- **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**: لمحمد قاري باشا، الطبعة الأولى، سنة ١٣٣٨م.

٤٧٥- **مسائل الإمام أحمد** : للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، المتوفى سنة ٢٧٥هـ ، الطبعة الأولى بالأوفست ، مطبعة المنار سنة ١٣٥٣هـ .

٤٧٦- **المستدرك على الصحيحين** : للإمام الحاكم أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٠٥هـ، طبعة مكتبة المعارف ـ الرياض ، وهي مصورة عن طبعة حيدر آباد الدكن ـ الهند سنة ١٣٣٥هـ

٤٧٧- **المستدرك على معجم المؤلفين** : لعمر رضا كحالة، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ من مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.

٤٧٨ - **المستصفى من علم أصول الفقه** : لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٢هـ.

٤٧٩ - **مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت** : لمحب الله بن عبد الشكور البهاري، المتوفى سنة ١١١٩هـ، طبع مع شرحه فواتح الرحموت بذيل المستصفى للغزالي، طبعة بالأفست الجديد، مؤسسة الحلبي.

٤٨٠ - **المسند** : للإمام أحمد بن حنبل الشيباني المتوفى سنة ٢٤٣هـ، طبعة المطبعة الميمنية بالقاهرة سنة ١٣١٣هـ، وطبعة مؤسسة الرسالة بتحقيق جماعة من العلماء تحت إشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط إلى ٢٥ جزءاً، بيروت لبنان.

٤٨١ - **مسند أبي يعلى** : للإمام أبي يعلى أحمد بن علي بن المثنى التميمي الموصلي، تحقيق : حسين سليم أسد، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ، دار المأمون للتراث ـ دمشق.

٤٨٢ - **مسند الإمام أبي حنيفة**، المتوفى سنة ١٥٠هـ للحارثي، تحقيق : صفوت السقا، مطبعة الأصيل ـ حلب سنة ١٣٨٢هـ.

٤٨٣ - **مسند البزار مع كشف الأستار عن زوائد البزار** : لنور الدين أبي بكر الهيثمي، تحقيق : الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، مؤسسة الرسالة سنة ١٩٧٩م.

٤٨٤ - **مشكاة المصابيح** : للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، المتوفى سنة ٧٣٤هـ تحقيق: الشيخ ناصر الدين الألباني، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت.

٤٨٥ - **مشكل الآثار** : لأبي جعفر الطحاوي الحنفي، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٣هـ، منن دائرة المعارف النظامية ـ الهند.

٤٨٦ - **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**: لعبد الرزاق السنهوري، الطبعة الأولى، مطابع دار المعارف، مصر ١٩٦٨م.

٤٨٧ - **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** : للشيخ الإمام أحمد بن محمد الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، تصحيح مصطفى السقا، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، سنة ١٣٠٩هـ، وطبعة

مكتبة لبنان .

٤٨٨- **مصطلحات الفقه الحنبلي** : للدكتور سالم على الثقفي، الطبعة الثانية سنة ١٤٠١هـ .

٤٨٩- **المصنف** : للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢هـ من مطابع دار القلم ، بيروت.

٤٩٠- **مصنف ابن أبي شيبة**: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ، مكتبة الرشد، الرياض .

٤٩١- **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** : للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، الطبعة الأولى سنة ١٣٨١هـ، من المكتب الإسلامي بدمشق ـ سوريا .

٤٩٢- **المطلع على أبواب المقنع** : لأبي عبدالله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المتوفى سنة ٧٠٩هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٥/ ١٩٦٥م ، من المكتب الإسلامي بدمشق .

٤٩٣- **معالم السنن** : لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي البستي، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود : للمنذري ، تحقيق: محمد حامد الفقي ، الطبعة لعام ١٣٦٨هـ، من مطبعة السنة المحمدية .

٤٩٤- **المعاملات الشرعية المالية**: الشيخ أحمد إبراهيم، مطبعة النصر، سنة ١٣٥٥ه-١٩٣٦م.

٤٩٥- **المعتمد في أصول الفقه** : لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، المتوفى سنة ٤٣٦هـ، تحقيق: محمد حميد الله ، طبعة سنة ١٣٨٤هـ، من المعهد العلمي الفرنسي بدمشق .

٤٩٦- **معجم الأصوليين** : للدكتور محمد مظهر بقا ، سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية برقم ٢٢، من جامعة أم القرى ـ مكة المكرمة ، طبعة سنة ١٤١٤هـ .

٤٩٧- **معجم البلدان** : لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الهروي البغدادي ، المتوفى سنة ٦٢٦هـ ، طبعة دار صادر ـ بيروت .

٤٩٨- **المعجم الصغير** : للإمام أبي القاسم الطبراني ، تصحيح : عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨هـ ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٤٩٩- **المعجم الكبير** : للإمام أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي

الطبراني ، المتوفى سنة ٣٦٠هـ ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي ، طبعة الدار العربية للطباعة ببغداد سنة ١٩٧٨م .

٥٠٠- **معجم المؤلفين** : لعمر رضا كحالة المعاصر، طبعة دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان.

٥٠١- **المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي** : للمستشرق أرند جان فنسنك المتوفى سنة ١٣٥٨هـ، طبعة ليدن سنة ١٩٣٦م ، وطبعة مصورة منها.

٥٠٢- **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم**: للشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار الشعب بالقاهرة، مصر.

٥٠٣- **المعجم الوسيط** : من منشورات مجمع اللغة العربية بمصر، الطبعة الثانية سنة ١٤١١هـ من دار الدعوة، إستانبول تركيا.

٥٠٤- **معجم لغة الفقهاء** : للدكتور محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنيبي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ، من دار النفائس ـ بيروت ، لبنان .

٥٠٥- **معجم متن اللغة**: للشيخ أحمد الرضا، دار إحياء الكتب العربية .

٥٠٦- **معجم مقاييس اللغة** : لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي المتوفى سنة ٣٩٥هـ، بتحقيق عبد السلام محمد هارون، الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ١٣٦٨هـ من دار إحياء الكتب العربية.

٥٠٧- **معرفة السنن والآثار** : للبيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعة جي، طبعة : دار الوعي سنة ١٤١٢هـ ـ القاهرة .

٥٠٨- **المعونة على مذهب عالم المدينة** : للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي ، المتوفى سنة ٤٢٢هـ، تحقيق : حميش عبد الحق ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٥٠٩- **المعيار في الفتاوى**: أحمد بن يحيى الونشريسي، دار العرب الإسلامي، طبعة فاس.

٥١٠- **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**: للعلامة علاء الدين أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي، مطبعة مصطفى الباوي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية ١٣٩٣ه-١٩٧٣م.

٥١١- **المغرب في ترتيب المعرب** : للإمام أبي الفتح ناصر الدين المطرزي المتوفى سنة ٦١٠هـ، بتحقيق محمود فاخوري، وعبد الحميد مختار، مطبعة النجمة بحلب.

٥١٢- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** : للشيخ محمد الشربيني الخطيب، طبعة سنة ١٣٧٧هـ، من مطبعة المصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ مصر .

٥١٣- **مغني ذوي الأفهام من الكتب الكثيرة في الأحكام** : للشيخ يوسف بن حسن بن عبدالهادي ، المتوفى سنة ٩٠٩هـ، طبعة مكتبة السنة المحمدية ـ مصر .

٥١٤- **المغني شرح مختصر الخرقي**: لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، تحقيق : د/ عبدالله التركي ، ود/ عبد الفتاح الحلو ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـ، من مطبعة هجر ـ القاهرة .

٥١٥- **المغني في أصول الفقه** : لجلال الدين عمر بن محمد الجنازي المتوفى سنة ٦٩١هـ ، تحقيق : د/ محمد مظهر بقا ، طبعة مركز البحث العلمي ، جامعة أم القرى سنة ١٤٠٣هـ .

٥١٦- **المفردات في غريب القرآن** : للإمام أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني المتوفى سنة ٥٠٢هـ، طبعة دار المعرفة، بيروت لبنان.

٥١٧- **المفيد في حق الملكية**: للدكتور عبد الحميد عثمان محمد، دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ٢٠٠٢م.

٥١٨- **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي**: سيد عبد الله علي حسين ، مطبعة عيسى الحلبي، الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م.

٥١٩- **مقاصد الشريعة الإسلامية** : لمحمد بن طاهر بن عاشور ، المتوفى سنة ١٣٩٣هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٨م ، من طباعة مطبع الكتاب ، والناشر : الشركة التونيسية للتوزيع .

٥٢٠- **المقدمات والممهدات**: للشيخ أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الجد، تحقيق الأستاذ سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٥٢١- **المقنع في فقه الإمام أحمد** : لموفق الدين ابن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، الطبعة الثالثة

سنة ١٣٨٢هـ، من المطبعة السلفية، بالقاهرة، وكذلك طبعة دار هجر مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: د/ عبدالله التركي.

٥٢٢- **ملكية الأفراد للأرض ومنافعها في الإسلام**: الشيخ محمد علي السائس، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية (١٣٨٣هـ).

٥٢٣- **الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام**: الشيخ على الخفيف، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية (شوال ١٣٨٣هـ).

٥٢٤- **الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها**: للدكتور عبد السلام العبادي، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م. مؤسسة الرسالة.

٥٢٥- **الملكية في الشريعة الإسلامية**: **الشيخ على الخفيف**، جزءان، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٩م.

٥٢٦- **الملكية في قوانين البلاد العربية**: الدكتور عبد المنعم فرج الصده، خمسة أجزاء، معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٠-١٩٦٦م.

٥٢٧- **الملكية وضوابطها في الإسلام**: دكتور عبد الحميد محمود البعلي- الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م. دار التوفيق النموذجية.

٥٢٨- **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**: لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٣٥٨هـ-١٩٣٩م.

٥٢٩- **منار السبيل في شرح الدليل**: للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٢هـ، من المكتب الإسلامي ـ بيروت، دمشق.

٥٣٠- **منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق**: للشيخ مصطفى بن محمد الكوزل حِصاري المرادي الرومي النقشبندي الحنفي المتوفى سنة ١٢١٥هـ، طبعة دار الطباعة بالقاهرة سنة ١٢٧٣هـ.

٥٣١- **منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع**: للحافظ جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة

٩١١هـ، مطبوع بهامش روضة الطالبين، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت، لبنان .

٥٣٢- **المنتقى شرح الموطأ** : لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المتوفى سنة ٤٧٤هـ، من مطبعة السعادة بالقاهرة .

٥٣٣- **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات** : لمحمد الشهير بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، طبعة مكتبة العروبة ـ القاهرة .

٥٣٤- **المنثور في القواعد أو القواعد في الفقه** : للإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي المصري المتوفى سنة ٧٩٤هـ، بتحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣م، من طبعة مؤسسة الخليج والناشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلاوية بالكويت.

٥٣٥- **منحة الخالق على البحر الرائق**: مطبوع مع البحر الرائق، الطبعة الأولى سنة: ١٤١٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٣٦- **المنطق التوجيهي** : للدكتور أبي العلاء العفيفي، طبع بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، الطبعة الأولى سنة ١٩٣٨هـ بمصر.

٥٣٧- **منهاج العقول شرح منهاج الأصول** : لمحمد بن الحسن البدخشي، مطبعة محمد علي صبيح، بهامش نهاية السول ـ القاهرة .

٥٣٨- **منهج الطلاب** : للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي، المتوفى سنة ٩٢٦هـ، مطبوع بهامش منهاج الطالبين: للنووي، من دار المعرفة ـ بيروت .

٥٣٩- **المهذب** : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٩هـ، عن مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، وكذلك تحقيق الدكتور / محمد الزحيلي، من دار القلم .

٥٤٠- **المواريث في الشريعة الإسلامية**: للشيخ حسنين محمد مخلوف، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، سنة: ١٣٧٦هـ الموافق: ١٩٥٦م.

٥٤١- **الموافقات في أصول الشريعة** : لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي المتوفى سنة

٧٩٠هـ ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، طبعة مطبعة محمد علي صبيح بمصر، وكذلك تحقيق الشيخ عبد الله دراز، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان.

٥٤٢- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** : لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٩هـ من مطبعة السعادة بالقاهرة، مصر.

٥٤٣- **المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية مع الفوائد الجنية** : للشيخ عبد الله بن سليمان الجرهزي اليمني الشافعي المتوفى سنة ١٢٠١هـ، والناظم هو الإمام أبو بكر بن أبي القا سم بن أحمد اليمني الحسيني المتوفى سنة ١٠٣٥ هـ، الطبعة الثانية سنة ١٣١٧هـ من دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، بيروت لبنان.

٥٤٤- **الموسوعة الفقهية**: من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت .

٥٤٥- **موسوعة القواعد الفقهية** : للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، من مكتبة التوبة بالرياض .

٥٤٦- **الموطأ** : للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩هـ ، تحقيق : د/ بشار عواد معروف ، ومحمود محمد خليل ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٥٤٧- **نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر** : للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران الرومي الدمشقي الحنبلي المتوفى سنة ١٣٤٦هـ، الطبعة الثالثة سنة ١٤١١هـ من مكتبة الكليات الأزهرية والناشر مكتبة العلوم والحكم بالمدينة المنورة.

٥٤٨- **نشر البنود على مراقي السعود** : لعبد الله إبراهيم العلوي الشنقيطي المالكي المتوفى في حدود ١٢٣٣هـ، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، المغرب.

٥٤٩- **نصب الراية لأحاديث الهداية** : للعلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي ، المتوفى سنة ٧٦٢هـ ، الطبعة الأولى ، دار الحديث ـ القاهرة .

٥٥٠- **النظام الاقتصادي في الإسلام**: الشيخ تقي الدين النبهاني، عمان .

٥٥١- **النظام المالي الإسلامي**: د. محمد كمال الجرف، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا في كلية الشرعية والقانون في جامعة الأزهر،١٩٦٨-١٩٦٩م.

٥٥٢- **النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (نظرية الحق)**، الشيخ أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة دار التأليف، ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.

٥٥٣- **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**: الدكتور محمد الروكي، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، مطبعة النجاح بالدار البيضاء، سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٥٥٤- **نظرية الحق**: د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م.

٥٥٥- **نظرية الحق**: د. محمد سامي مدكور، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٥٧م.

٥٥٦- **نظرية السبب في التزامات المدنية** : لمختار القاضي ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢هـ، مطبعة لجنة البيان العربي ـ القاهرة .

٥٥٧- **نظرية الضمان**: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٣٨٩هـ-١٩٧٠.

٥٥٨- **نهاية السول شرح منهاج الأصول** : لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي الشافعي ، المتوفى سنة ٧٧٢هـ ، مع سلم الوصول ، طبعة عالم الكتب .

٥٥٩- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** : للشيخ شهاب الدين الرملي ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، بهامشه حاشية أبي الضياء الشبراملسي ، طبعة سنة ١٣٨٦هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر .

٥٦٠- **النهاية في غريب الحديث والأثر** : لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦هـ، طبعة المكتبة الإسلامية بالقاهرة سنة ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م.

٥٦١- **نور الأنوار على المنار** : للشيخ أحمد الهندي المعروف بملاجيون ، المتوفى سنة ١١٣٠هـ، مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي ، من دار الكتب العلمية ـ بيروت ، لبنان .

٥٦٢- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**: لمحمد علي الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ، من دار الفكر ـ بيروت .

٥٦٣- **نيل المآرب شرح دليل الطالب** : للشيخ عبد القادر بن عمر الشيباني ، المتوفى سنة١١٣٥هـ،

الطبعة الأولى ، بمطبعة الخيرية ـ مصر سنة ١٣٢٤هـ ، بهامش الروض المربع .
٥٦٤- **الهادي إلى لغة العرب** : حسن سعيد الكرمي، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١ه-١٩٩٠م.

٥٦٥- **هداية الراغب لشرح عمدة الطالب** : للشيخ عثمان بن أحمد النجدي الحنبلي ، المتوفى سنة ١١٠٠هـ ، تحقيق : الأستاذ حسنين محمد مخلوف ، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٥هـ ، من دار البشير ـ جدة .

٥٦٦- **الهداية شرح بداية المبتدي** : للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، المتوفى سنة ٥٩٣هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هـ، من الطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، وكذلك مع فتح القدير لابن الهمام .

٥٦٧- **هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين** : لإسماعيل محمد أمين باشا البغدادي المتوفى سنة ١٣٣٩هـ، مطبعة وكالة المعارف إستانبول سنة ١٩٦٠م.

٥٦٨- **الوجيز في أصول الفقه** : للشيخ عبد الكريم زيدان ، طبعة سنة ١٤١٥هـ ، من مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٥٦٩- **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** : للدكتور محمد صدقي البورنو ، الطبعة الرابعة سنة ١٤١٦هـ ، من مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٥٧٠- **الوصايا في الفقه الإسلامي** : للأستاذ محمد سلام مدكور ، مطابع الكتاب العربي سنة ١٩٨٥م.

٥٧١- **وفيات الأعيان وأبناء أنباء الزمان** : لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ، تحقيق الدكتور إحسان عباس، مطبعة دار صادر،بيروت لبنان.

فهرس محتويات الرسالة

الموضوع	رقم الصفحة

| الموضوع | رقم الصفحة |

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**

الموضوع **رقم الصفحة**



تمت بحمد الله